مصادر الحق

في

الفقه الإسلامي

دراسة مقارنة بالفقه الغربي

ألقاها

الدكتور عبد الرزاق السنهوري

طبعة جديدة منقحة ومصححة

مكتب التحقيق بدار إحياء التراث العربي

١ - ٢ - ٣



مصادر الحق

في

الفقه الإسلامي

(١)

مصادر الحق في الفقه الإسلامي

دراسة مقارنة بالفقه الغربي

الجزء الأول

مقدمة ـ صيغة العقد

ألقاها

الدكتور عبد الرزاق السَّنهوري

(توفي عام ١٩٧١ م)

(على طلبة قسم الدراسات القانونية)

١٩٥٣ ـ ١٩٥٤

طبعة جديدة منقحة مصححة بتصحيح

مكتب التحقيق بدار إحياء التراث العربي

دار إحياء التراث العربي مؤسسة التاريخ العربي

بيروت ـ لبنان

الطبعة الأولى

دار إحياء التراث العربي
للطباعة والنشر والتوزيع

DAR EHIA AL-TOURATH AL-ARABI
Publishing & Distributing

بيروت - لبنان - شارع دكاش - هاتف: ٢٧٢٦٥٢ - ٢٧٢٦٥٥ - ٢٧٢٧٨٢ - ٢٧٢٧٨٣ فاكس: ٨٥٠٧١٧ - ٨٥٠٦٢٣ ص.ب: ١١/٧٩٥٧

Beyrouth - Liban - Rue Dakkache - Tel. 272652 - 272655 - 272782 - 272783 Fax: 850717 - 850623 P.O.Box; 7957/11

بِسْمِ ٱللَّهِ ٱلرَّحْمَٰنِ ٱلرَّحِيمِ

مقدمة

إن الحمد لله، نحمده ونستعينه ونستغفره، ونعوذ بالله من شرور أنفسنا، مَن يَهدِ الله فلا مُضِلَّ له، ومن يُضلل فلا هادي له، وأشهد أن لا إله إلاّ الله وحده لا شريك له، وأشهد أن محمداً عبده ورسوله.

﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوا۟ ٱتَّقُوا۟ ٱللَّهَ حَقَّ تُقَاتِهِۦ وَلَا تَمُوتُنَّ إِلَّا وَأَنتُم مُّسْلِمُونَ﴾ [آل عمران: ١٠٢].

﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلنَّاسُ ٱتَّقُوا۟ رَبَّكُمُ ٱلَّذِى خَلَقَكُم مِّن نَّفْسٍ وَٰحِدَةٍ وَخَلَقَ مِنْهَا زَوْجَهَا وَبَثَّ مِنْهُمَا رِجَالًا كَثِيرًا وَنِسَآءً وَٱتَّقُوا۟ ٱللَّهَ ٱلَّذِى تَسَآءَلُونَ بِهِۦ وَٱلْأَرْحَامَ إِنَّ ٱللَّهَ كَانَ عَلَيْكُمْ رَقِيبًا﴾ [النساء: ١].

﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوا۟ ٱتَّقُوا۟ ٱللَّهَ وَقُولُوا۟ قَوْلًا سَدِيدًا ﴿٧٠﴾ يُصْلِحْ لَكُمْ أَعْمَٰلَكُمْ وَيَغْفِرْ لَكُمْ ذُنُوبَكُمْ وَمَن يُطِعِ ٱللَّهَ وَرَسُولَهُۥ فَقَدْ فَازَ فَوْزًا عَظِيمًا ﴿٧١﴾﴾ [الأحزاب: ٧٠ ـ ٧١].

أما بعد، فهذا كتاب **«مصادر الحق في الفقه الإسلامي»** لمؤلفه الدكتور عبد الرزاق السنهوري المصري كبير علماء القانون المدني في عصره (ت ١٩٧١م) نقدّمه للقارىء الكريم بعد أن قمنا بخدمته وتصحيح ألفاظه والاعتناء به بما قدَّر الله به وأعان.

والكتاب محاضرات شملت دراسة مقارنة بالفقه الغربي ألقاها المؤلّف على طلبة قسم الدراسات القانونية في مصر عام (١٩٥٣ ـ ١٩٥٤م).

ويَنحَصر البحث في الحقوق ذات القيمة المالية وهي الحقوق الشخصية، والحقوق العينية كما تُسَمَّى في لغة الفقه الغربي، والموضوع بهذا التحديد بالغ الأهمية، فالتمييز بين الحق الشخصي والحق العينيّ تمييز جوهري في الفقه الغربي، بل هو بمثابة العمود الفقري في القوانين الغربيَّةالتي اشتقت من القانون الروماني. ومصادر الحق (وهي الأسباب التي تنشىء الحق قانوناً) سواء كان الحق شخصياً أو عينياً من أدق الموضوعات وأكثر غموضاً في الفقه الغربي.

فنحن إذن نعمد إلى موضوع هو من أهم الموضوعات وأدقّها في الفقه الغربي، نحاول أن نعالجه في الفقه الإسلامي استناداً إلى مصادر الفقه الإسلامي، كالتراضي والعقد وأركانه وتقسيماته، والتعاقد بين الغائبين، وعقد الإذعان والعربون، والغلط، والتدليس، والإكراه وغير ذلك مما يجده المطالع عند تصفّح الكتاب.

والدار إذ تقدم هذا الكتاب، ترجو الله سبحانه وتعالى أن ينفع به طلاب الحقوق وسلك القضاء والدراسات القانونية لتبيان أهمية الشرائع الربانية مقارنةً مع القوانين الوضعيّة.

وآخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمين.

دار إحياء التراث العربي
بيروت ١ جمادى الآخرة عام ١٤١٧ هـ
الموافق ٣ تشرين الأول ١٩٩٧ م

ترجمة المؤلف(١)

هو عبد الرزاق بن أحمد السنهوري، الدكتور: كبير علماء القانون المدني في عصره، مصري. ولد في الإسكندرية عام (١٣١٢ هـ/ ١٨٩٥م) وابتدأ حياته موظفاً في جمركها. وتخرّج بالحقوق في القاهرة (١٩١٧) وآختير في بعثة إلى فرنسا (١٩٢١م) فحصل على «الدكتوراه» في القانون والاقتصاد والسياسة (١٩٢٦) وتولى وزارة المعارف بمصر عدة مرات، ومنح لقب «باشا» واختير عضواً بمجمع اللغة العربية (١٩٤٦) وعين رئيساً لمجلس الدولة بمصر (١٩٤٩ ـ ٥٤) واضطهد مُدّة، فصبر. ووضع قوانين مدنية كثيرة لمصر والعراق وسورية وليبيا والكويت. وحصل (سنة ١٩٧٠) على جائزة الدولة التقديرية في العلوم الاجتماعية. وتوفي بالقاهرة عام (١٣٩١هـ/ ١٩٧١م).

من كتبه المطبوعة:

١ ـ «**أصول القانون**».

٢ ـ و«**نظرية العقد في الفقه الإسلامي**» ستة أجزاء.

٣ ـ و«**الوسيط**» عشرة أجزاء، في التشريع الإسلامي.

٤ ـ و«**شرح القانون المدني في العقود**».

٥ ـ و«**مصادر الحق في الفقه الإسلامي**» ستة أجزاء وهو كتابنا الذي بين يديك.

---

(١) انظر «**المجمعيون**» (١٠٠)، و«**العربي**» العدد (١٥٨)، و«**الأهرام**» (٢١) يونيه (١٩٧١م)، ومحمد سعيد العمودي، في عكاظ بجدّة ٢٣/ ٦/ ٩٠هـ، وانظر «**الأعلام**» للزركلي (٣/ ٣٥٠).

تمهيد

تحديد الموضوع وبيان أهميته:

مصادر الحق هي الأسباب التي تنشىء الحق قانوناً. والحق مصلحة ذات قيمة مالية يحميها القانون. فلا يدخل في بحثنا إذن لا الحقوق العامة ولا الحقوق المتعلقة بالأحوال الشخصية، لأنها، وإن كانت حقوقاً، ليست بذات قيمة مالية. وينحصر البحث في الحقوق ذات القيمة المالية، وهي الحقوق الشخصية والحقوق العينية كما تسمى في لغة الفقه الغربي.

والموضوع بهذا التحديد بالغ الأهمية. فالتمييز بين الحق الشخصي والحق العيني تمييز جوهري في الفقه الغربي، بل هو بمثابة العمود الفقري في القوانين الغربية التي اشتقت من القانون الروماني. ومصادر الحق، سواء كان الحق شخصياً أو عينياً، من أدق الموضوعات وأكثرها غموضاً في الفقه الغربي. فنحن إذن نعمد إلى موضوع هو من أهم الموضوعات وأدقها في الفقه الغربي نحاول أن نعالجه في الفقه الإسلامي. وبذلك نضع الفقه الإسلامي إلى جانب الفقه الغربي فيما هو هام جوهري، وفيما هو دقيق خفي. ونعالج الفقه الإسلامي بأساليب الفقه الغربي فنبحث هل يوجد في الفقه الإسلامي حق شخصي وحق عيني بالمعنى المعروف في القوانين الغربية المشتقة من القانون الروماني؟ وهل يمكن تقصي مصادر الحقوق الشخصية ومصادر الحقوق العينية؟ وهل يمكن إرجاع هذه المصادر جميعاً إلى مصدرين اثنين، هما التصرف القانوني (acte juridique) والواقعة القانونية (fait juridique) بالمعاني والحدود المعروفة في القوانين الغربية؟.

هذا ما سنحاول معالجته في هذا البحث. ولا شك في أن دقة الموضوع تقتضي إعادة البحث مرة بعد أخرى. فلن تكون هذه المرة الأولى إلاّ تمهيداً للمرات التي ستأتي بعدها بمشيئة الله.

خطة البحث:

ونراعي في بحثنا هذا الأمور الآتية:

أولاً: لا يعنينا أن نحشد طائفة من المعلومات الفقهية والقانونية أكثر من أن نرسم طريقة بحث علمية صحيحة.

ثانياً: إذا كنا سنجري في بحثنا على أساليب الفقه الغربي، فإن المصادر التي سنستند إليها هي المصادر الإسلامية، بل هي المصادر الأولى في الفقه الإسلامي، فنرجع إلى أمهات الكتب المعتمدة في المذاهب المختلفة، وننقل النصوص ذاتها كما وردت في هذه الكتب، ونرجع كذلك عند الحاجة إلى كتب الفقهاء المحدثين[1]، وبحوثهم وإلى المستشرقين ممن كتبوا في الفقه

---

(١) نقصد بالفقهاء المحدثين الفقهاء الذين كتبوا في الفقه الإسلامي في عصرنا هذا وبسطوا مسائله في لغة قريبة إلى مدارك هذا العصر ليقربوها إلى أذهان الدارسين. وهي مدرسة تنتظم طائفة من رجال الفقه أدوا إلى الفقه،

الإسلامي(١).

ثالثاً: لن يكون همنا في هذا البحث إخفاء ما بين الفقه الإسلامي والفقه الغربي من فروق في الصنعة والأسلوب والتصوير، بل على النقيض من ذلك سنعني بإبراز هذه الفروق حتى يحتفظ الفقه الإسلامي بطابعه الخاص. ولن نحاول أن نصطنع التقريب ما بين الفقه الإسلامي والفقه الغربي على أسس موهومة أو خاطئة، فإن الفقه الإسلامي نظام قانوني عظيم له صنعة يستقل بها، ويتميز عن سائر النظم القانونية في صياغته. وتقضى الدقة والأمانة العلمية علينا أن نحتفظ لهذا الفقه الجليل بمقوماته وطابعه. ونحن في هذا أشد حرصاً من بعض الفقهاء المحدثين، فيما يؤنس فيهم من ميل إلى تقريب الفقه الإسلامي من الفقه الغربي، ولا يعنينا أن يكون الفقه الإسلامي قريباً من الفقه الغربي، فإن هذا لا يكسب الفقه الإسلامي قوة، بل لعله يبتعد به عن جانب الجدة والابتداع، وهو جانب للفقه الإسلامي منه حظ عظيم.

رابعاً: وسنحاول بقدر ما يتهيأ لنا من الأسباب أن نحدد اتجاه الاجتهاد الفقهي في مراحله المتعاقبة، حتى نتبين من وراء ذلك سير هذا الاجتهاد، فنتابعه في تطوره إلى حيث يقف بنا في آخر خطواته، ثم ننظر إلى أين كان يصل لو أنه تابع تطوره، ونفعل ذلك في كثير من الأناة والحرص.

وسنقدم لبحثنا هذا بكلمة في الحق الشخصي والحق العيني في الفقه الإسلامي واستقصاء مصادر كل منهما، حتى نردها جميعاً إلى التصرف القانوني والواقعة القانونية. ثم نجعل البحث في قسمين، نفرد القسم الأول منهما للتصرفات القانونية وأهمها العقد، ونستعرض في القسم الثاني الوقائع القانونية.

الإسلامي خدمة جليلة بما نشروا من متون وشروح وبحوث ولعلنا لا نخطىء إذا اعتبرنا المغفور له محمد قدرى باشا زعيم هذه المدرسة أو هو رائدها الأول.

(١) علماء الغرب الذين كتبوا في الفقه الإسلامي كثيرون ولكن غالبيتهم مستشرقون من غير رجال القانون، وقلتهم من رجال القانون غير المستشرقين، ويندر أن نجد فيهم مستشرقاً من رجال القانون.

مقدّمة

الحق الشخصي والحق العيني ومصادر كل منهما في الفقه الإسلامي

الحق والرخصة في الفقه الغربي - منزلة وسطى:

سبق أن عرفنا الحق بأنه مصلحة ذات قيمة مالية يحميها القانون. وقبل أن ننتقل إلى تقسيم الحق إلى شخصي وعيني، نشير إلى الفرق بين الحق والرخصة.

فالحق هو ما عرفناه. أما الرخصة فهي مكنة واقعية لاستعمال حرية من الحريات العامة، أو هي إباحة يسمح بها القانون في شأن حرية من الحريات العامة. ذلك أن الشخص، في حدود القانون، له حرية العمل والتنقل والتعاقد والتملك وغير ذلك من الحريات العامة. فإذا وقفنا عند واحدة من هذه الحريات، حرية التملك مثلاً، أمكن أن نقول، في سبيل المقابلة ما بين الحق والرخصة، إن حرية التملك رخصة أما الملكية فحق.

وما بين الرخصة والحق توجد منزلة وسطى، هي أعلى من الرخصة وأدنى من الحق. ونستبقي مثلنا السابق وهو حرية التملك. فحق التملك وحق الملك، الأول رخصة والثاني حق. وما بينهما منزلة وسطى هي حق الشخص في أن يتملك. فلو أن شخصاً رأى داراً أعجبته ورغب في شرائها، فهو قبل أن يصدر له إيجاب البائع بالبيع، كان له حق التملك عامة في الدار وفي غيرها، فهذه رخصة. وبعد أن يصدر منه قبول بشراء الدار صارت له ملكية الدار وهذا حق ولكنه قبل القبول وبعد الإيجاب في منزلة وسطى بين الرخصة والحق بالنسبة إلى الدار. فهو من جهة ليس له فحسب مجرد رخصة في تملك الدار كغيرها من الأعيان التي لا يملكها، وهو من جهة أخرى لم يبلغ أن يصبح صاحب الملك في الدار. بل هو بين بين. له أكثر من رخصة التملك وأقل من حق الملك: له الحق في أن يتملك. إذ يستطيع بقبوله البيع، أي بإرادته وحده، أن يصبح مالكاً للدار.

ولم يصل الفقه الغربي إلى تبين هذه المنزلة الوسطى إلاّ حيث ارتقى ووصل في الرقي إلى مرحلة بعيدة. نرى ذلك في الفقه الجرماني الحديث. ويدعو الفقيه فون تور (Von Tuhr)[١] هذه المنزلة الوسطى «بالحق المنشىء» (droit formateur)، ويعرفه بأنه «مكنة تعطى للشخص بسبب مركز قانوني خاص في أن يحدث أثراً قانونياً بمحض إرادته»[٢]. ويأتي بأمثلة لهذا الحق المنشىء

---

(١) جزء أول (١/١٩ ـ ٢١).

(٢) وهذا ما يقول بلفظه «La faculté appartenant à une personne, en raison d'une situation juridique spéciale, de produire, parsa seule volonté un effet juridique».

يذكر منها: حق من وجه إليه الإيجاب، وحق المسترد في أن يسترد الحصة المبيعة، وحق البائع وفاء في أن يسترد المبيع، وحق الشفيع في أن يأخذ بالشفعة.

هذه المنزلة الوسطى يعرفها الفقه الإسلامي:

نبه إلى وجود هذه المنزلة الوسطى في الفقه الإسلامي الأستاذ شفيق شحاتة في كتابه في **«النظرية العامة للالتزامات في الشريعة الإسلامية»**[1]، إذ يستعرض المقبوض في الدين المشترك. وهو الدين الذي يملكه أكثر من دائن واحد فإذا قبض أحد الدائنين شيئاً منه. كان للباقي حق في المقبوض هو هذه المنزلة الوسطى. ويقول في هذا الصدد: «المقبوض هو إذن ملك القابض خاصة، على أن للدائن الشريك حقاً ثابتاً في الشيء المقبوض. وبموجب هذا الحق يستحق هذا الدائن الشريك بعضاً مما قبض القابض ولو أنه لا يستطيع تتبع المقبوض بين يدي الغير.. هذا الحق هو إذن حق شبه عيني. فصاحبه ليس له حق ملكية، بل حق في أن يتملك. ولهذا الحق نظائر في الشرع». وإذا كنا لا نشارك الأستاذ شفيق شحاتة في تكييف هذا الحق بأنه «شبه عيني». ونرى أنه ليس حقاً بل هو منزلة وسطى بين الحق والرخصة كما أسلفنا القول. إلاّ أننا نتفق معه فيما ذهب إليه من أن للدائن الشريك حقاً ما في الشيء المقبوض. ليس مجرد رخصة وليس حق ملك كامل، ولكنه حق في أن يتملك نصيبه في الشيء المقبوض إذا هو أعلن إرادته في ذلك. وقد وجد الأستاذ شفيق شحاتة نظائر لهذا «الحق» في الشرع الإسلامي. من ذلك حق المجني عليه في العبد الجاني، فإنه بدفع العبد يصبح مملوكاً للمجني عليه، على أنه إذا تصرف المولى في العبد قبل الدفع ينقلب حق المجني عليه إلى مجرد تعويض. ومن ذلك أيضاً من وقع في سهمه عبد قد أسره المشركون من رجل من المسلمين كان ملكاً له، فلمولاه الأول أخذه بالقيمة، فإن تصرف فيه الذي وقع في قسمه جاز تصرفه ولم يكن للمولى فسخه.

ومما يقطع في وجود هذه المنزلة الوسطى في الفقه الإسلامي أن القرافي في **«الفروق»** يقابل، في عبارات صريحة، ما بينها وبين الرخصة، فيقول عن صاحب الرخصة «من ملك أن يملك» وعن صاحب المنزلة الوسطى «من جرى له سبب يقتضي المطالبة بالتمليك»، وينكر على الأول أن يكون مالكاً إطلاقاً ويجعل الثاني محلاً للنظر. وننقل ما يقوله في هذا الصدد:

«اعلم أن جماعة من مشايخ المذهب رضي الله عنهم أطلقوا عباراتهم بقولهم من ملك أن يملك هل يعد مالكاً أم لا، قولان... وليس الأمر كذلك بل هذه القاعدة باطلة... وبيان بطلانها أن الإنسان يملك أن يملك أربعين شاة، فهل يتخيل أحد أنه يعد مالكاً الآن قبل شرائها حتى تجب الزكاة عليه على أحد القولين! وإذا كان الآن قادراً على أن يتزوج، فهل يجرى في وجوب الصداق والنفقة عليه قولان قبل أن يخطب المرأة لأنه ملك أن يملك عصمتها! والإنسان مالك أن يملك خادماً أو دابة، فهل يقول أحد إنه يعد الآن مالكاً لهما فيجب عليه كلفتهما ومؤونتهما على قول من الأقوال الشاذة أو الجادة! بل هذا لا يتخيله من عنده أدنى مسكة من العقل والفقه. وكذلك الإنسان

---

(١) (٢٦٥ ـ ٢٦٧).

يملك أن يشتري أقاربه. فهل يعده أحد من الفقهاء مالكاً لقريبه فيعتقه عليه قبل شرائه على أحد القولين في هذه القاعدة على زعم من اعتقدها! بل هذا كله باطل بالضرورة. ونظائر هذه الفروع كثيرة لا تعد ولا تحصى، ولا يمكن أن نجعل هذه من قواعد الشريعة البتة. بل القاعدة التي يمكن أن تجعل قاعدة شرعية، ويجرى فيها الخلاف في بعض فروعها لا في كلها، أن من جرى له سبب يقتضي المطالبة بالتمليك هل يعطى حكم من ملك؟ قد يختلف في هذا الأصل في بعض الفروع، ولذلك مسائل:

المسألة الأولى: إذا حيزت الغنيمة فقد انعقد للمجاهدين سبب المطالبة بالقسمة والتمليك، فهل يعدون مالكين لذلك أم لا؟ قولان، فقيل يملكون بالحوز والأخذ وهو مذهب الشافعي رضي الله عنه، وقيل لا يملكون إلاّ بالقسمة وهو مذهب مالك رحمه الله. . .

المسألة الرابعة: الشريك في الشفعة إذا باع شريكه تحقق له سبب يقتضي المطالبة بأن يتملك الشخص المبيع بالشفعة، ولم أر خلافاً في أنه غير مالك.

المسألة الخامسة: الفقير وغيره من المسلمين له سبب يقتضي أن يملك من بيت المال ما يستحقه بصفة فقره أو غير ذلك من الصفات الموجبة للاستحقاق، كالجهاد والقضاء والفتيا والقسمة بين الناس أملاكهم وغير ذلك مما شأن الإنسان أن يعطي لأجله، فإذا سرق هل يعد كالمالك فلا يجب عليه الحد لوجود سبب المطالبة بالتمليك، أو يجب عليه القطع لأنه لا يعد مالكاً وهو المشهور؟ قولان. فهذه القاعدة على ما فيها من القوة من جهة قولنا جرى له سبب التمليك في تمشيتها عسر لأجل كثرة النقوض عليها. أما هذا المفهوم وهو قولنا من ملك أن يملك مطلقاً من غير جريان سبب يقتضي مطالبته بالتمليك ولا غير ذلك من القيود، فهذا جعله قاعدة شرعية ظاهرة البطلان لضعف المناسبة جدّاً أو لعدمها البتة. أما إذا قلنا انعقد له سبب يقتضي المطالبة بالتمليك، فهو مناسبة لأن يعد مالكاً من حيث الجملة، تنزيلاً لسبب السبب منزلة السبب، وإقامة للسبب البعيد مقام السبب القريب، فهذا يمكن أن يتخيل وقوعه قاعدة في الشريعة، أما مجرد ما ذكروه فليس فيه إلاّ مجرد الإمكان والقبول للملك، وذلك في غاية البعد عن المناسبة، فلا يمكن جعله قاعدة»[١].

ويتبين مما نقلنا عن القرافي أنه يميز بين أوضاع ثلاثة:

أولاً: وضع من ملك أن يملك. كمن ملك أن يملك أربعين شاة ومن ملك أن يتزوج ومن ملك أن يملك خادماً أو دابة ومن ملك أن يشتري أقاربه إذا كانوا عبيداً. هؤلاء جميعاً لا يملكون، فلا يجب على الأول الزكاة، ولا على الثاني الصداق والنفقة، ولا على الثالث الكلفة والمؤونة، ولا على الرابع العتق، وترجمة ذلك إلى لغة الفقه الغربي أن هؤلاء جميعاً ليس لهم حق الملك، وإنما لهم رخصة التملك، والرخصة ليست بحق.

---

(١) «الفروق» للقرافي: (٣/ ٢٠ ـ ٢١).

ثانياً: وضع من جرى له سبب يقتضي المطالبة بالتمليك، كما في حيازة الغنيمة بالنسبة إلى المجاهدين وفي بيع الشريك لنصيبه بالنسبة إلى شريكه الشفيع، وفي بيت المال بالنسبة إلى المستحق لفقر أو جهاد أو غير ذلك. هؤلاء أيضاً، على خلاف في الرأي، لا يملكون بمجرد جريان السبب الذي يقتضي المطالبة بالتمليك. فالمجاهد لا يملك الغنيمة إلاّ بالقسمة، والشفيع لا يملك الشقص المبيع إلاّ إذا أخذ بالشفعة. والفقير لا يملك شيئاً من بيت المال إلاّ إذا طالب فأعطي وقبل ذلك إذا سرق وجب عليه الحد. وترجمة ذلك إلى لغة الفقه الغربي أن هذه هي المنزلة الوسطى بين رخصة التملك وحق الملك، فهي دون الملك وفوق الرخصة.

ثالثاً: وضع من جرى له سبب الملك، كمن اشترى أرضاً أو شفع في دار، فهذا هو الذي له حق الملك.

* * *

والذي يعنينا في بحثنا هذا هو الحق ذاته، لا الرخصة ولا هذه المنزلة الوسطى. ونبحث في هذا الصدد مسألتين:

١ ـ الحق الشخصي والحق العيني في الفقه الإسلامي.

٢ ـ حصر مصادر الحق في الفقه الإسلامي، شخصياً كان الحق أو عينياً.

١ ـ الحق الشخصي والحق العيني في الفقه الإسلامي

الحق، في الفقه الغربي المشتق من القانون الروماني، إما شخصي أو عيني. فالحق الشخصي والإلتزام هو رابطة ما بين شخصين دائن ومدين، بمقتضاها يطالب الدائن المدين بإعطاء شيء أو القيام بعمل أو بالامتناع عن عمل. والحق العيني هو سلطة يعطيها القانون لشخص على عين بالذات.

فهل في الفقه الإسلامي نظير للحق الشخصي وللحق العيني بالمعنى الذي قدمناه؟ ننظر ذلك في مبحثين متعاقبين، أولهما للحق الشخصي أو الإلتزام والثاني للحق العيني.

أولاً: الحق الشخصي أو الالتزام

التعبير مستعار من الفقه الغربي:

الحق الشخصي أو الالتزام تعبير استعرناه من الفقه الغربي. وإلاّ فالفقه الإسلامي لا يرد فيه عادة هذا التعبير. وسنرى أن سبب ذلك يرجع إلى أن ما نسميه بالحق الشخصي أو الالتزام يشتمل في الفقه الإسلامي على عدة روابط قانونية متميزة بعضها عن بعض، ولم يحاول علماء الفقه الإسلامي أن يدمجوا هذه الروابط في وحدة تنتظمها جميعاً فيعبروا عنها بالحق الشخصي أو الالتزام.

يستعمل فقهاء الشرع الإسلامي في بعض الحالات لفظ «الحق» ويريدون به جميع الحقوق المالية وغير المالية، فيقولون حق الله وحق العبد. ويستعملون لفظ «الحقوق» ويريدون به في

حالات حقوق الارتفاق، وفي حالات أخرى ما ينشأ عن العقد من التزامات غير الالتزام الذي يعتبر حكم العقد، فعقد البيع حكمه نقل ملكية المبيع وحقوقه تسليم المبيع ودفع الثمن. ويستعملون أحياناً لفظ «الالتزام»، ويريدون به غالباً الحالات التي يلزم فيها الشخص نفسه بإرادته المنفردة، ونادراً الالتزامات التي تنشأ عن العقد. أما الالتزامات التي تنشأ عن غير العقد أو التي تنشأ عن المسؤولية العقدية، أي الالتزامات التي تنشأ عن المسؤولية بوجه عام، تقصيرية كانت أو عقدية، فتسمى بالضمانات.

فإذا أردنا أن نورد تعبيراً فقهياً يقابل لفظ «الالتزام» بالمعنى المعروف في الفقه الغربي. وجب أن نستعمل تعبيرين هما «الالتزام» و«الضمان»، ولا نكون بعد ذلك قد استنفذنا جميع الالتزامات التي تنشأ عن مصادرها المختلفة. فلنقتصر إذن على لفظ «الالتزام» بمعناه المعروف في الفقه الغربي.

الالتزام يشتمل على روابط قانونية متعددة:

قدمنا أن الالتزام يشتمل على عدة من الروابط المتميزة بعضها عن بعض في الفقه الإسلامي. ويمكن القول إن هذه الروابط لا تقل عن أربع. فهناك: ١ ـ التزام بالدين ٢ ـ والتزام بالعين ٣ ـ والتزام بالعمل ٤ ـ والتزام بالتوثيق.

الالتزام بالدين:

فالالتزام بالدين، أو الدين فحسب، هو التزام محله مبلغ من النقود أو جملة من الأشياء المثلية. وهذا هو الذي يتعلق بالذمة. وعرّف صاحب «**مرشد الحيران**» الدين بأنه ما وجب في ذمة المديون بعقد استهلاك مال أو ضمان غصب (م ١٦٨).

والصحيح أن مصادر الدين تزيد على ما ذكره «**مرشد الحيران**». فهي أولاً العقد، كالقرض يلتزم به المقترض أن يرد للمقرض مبلغاً من النقود أو أشياء مثلية يكون قد اقترضها منه، وكالبيع إذا كان الثمن نقوداً أو أشياء مثلية يلتزم به المشتري أن يدفع هذا الثمن للبائع، أما التزام البائع بتسليم المبيع إلى المشتري فهذا التزام بالعين كما سنرى. وهي ثانياً الإرادة المنفردة، كالنذر والهبة والوصية، إذا كان محل ذلك نقوداً أو مثليات. وهي ثالثاً العمل غير المشروع، ولا يقتصر ذلك على الغصب كما ذكر صاحب «**مرشد الحيران**». فكل ضمان ينشأ عن غير العقد، كغصب أو سرقة أو إتلاف، يكون محله عوض الشيء المضمون. وهذا العوض. إما أن يكون مبلغاً من النقود هي قيمة الشيء المضمون إذا كان قيمياً، وإما أن يكون جملة من الأشياء المثلية إذا كان الشيء المضمون مثلياً. وهي رابعاً الإثراء بلا سبب في بعض الحالات، فمن دفع شيئاً ظاناً أنه واجب عليه فتبين عدم وجوبه فله الرجوع به على من قبضه بغير حق «**م ٢٠٧ مرشد الحيران**»، فإذا كان هذا الشيء نقوداً أو مثليات كان الرجوع بدين متعلق بالذمة. وهي خامساً الشرع ذاته، كالالتزام بالنفقة ومحله عادة مبلغ من النقود فهو دين متعلق بالذمة.

الالتزام بالعين:

والالتزام بالعين هو التزام محله عين معينة بالذات لتمليكها أو تمليك منفعتها أو تسليمها أو

حفظها، كتمليك أرض معروفة الحدود أو منفعة دار أو تسليم عبد أو حفظ حيوان.

ومن مصادر الالتزام بالعين الإرادة المنفردة كالوصية بعين معينة، والعمل غير المشروع كغصب عين ينشىء التزاماً بردها، أما إذا هلكت العين فإن الالتزام بها يتحول إلى التزام بدين هو رد القيمة أو المثل، والإثراء بلا سبب كالوفاء بعين غير واجبة فعلى المستوفى رد العين. على أن أكثر حالات الالتزام بالعين يكون مصدرها العقد. فالبيع إذا وقع على عين معينة بالذات ينشىء التزاماً على البائع بتمليكها للمشتري، والأولى في الفقه الإسلامي أن يقال إن العقد ينقل الملك دون أن يسبق ذلك أي التزام. وإيجار العين ينشىء التزاماً على المؤجر بتمليك منفعة العين للمستأجر. وكل من البيع والإيجار ينشىء التزاماً بتسليم العين المبيعة للمشتري أو بتسليم العين المؤجرة للمستأجر. والوديعة تنشىء التزاماً على المودع عنده بحفظ العين المودعة[١].

الالتزام بالعمل:

والالتزام بالعمل هو التزام محله صنع شيء معين بعقد استصناع أو أداء خدمة معينة بعقد إيجار.

فالاستصناع هو طلب عمل شيء خاص على وجه معين مادته من الصانع[٢] وتجوز إجارة الآدمي للخدمة أو لغيرها من أنواع العمل، مع بيان المدة أو تعيين قدر العمل وكيفيته. والأجير قسمان، خاص ومشترك، فالأجير الخاص هو الذي يعمل لشخص معين مع اشتراط التخصيص عليه، وليس له أن يعمل في مدة الإجارة لغير مستأجره. والأجير المشترك هو الذي يعمل لا لواحد مخصوص كالصانع والمقاول. فالأجير الخاص يؤجر كل وقته للعمل، أما الأجير المشترك فيؤجر نفسه لعمل معين[٣].

الالتزام بالتوثيق:

والالتزام بالتوثيق محله كفالة التزام، ومصدره عقد الكفالة. وقد يكون الالتزام المكفول به

---

(١) وقد عدد صاحب «**مرشد الحيران**» حالات الالتزام بالعين التي يكون مصدرها العقد في المواد (٢٦٣ ـ ٢٦٥) على الوجه الآتي:

م ٢٦٣ ـ يصح أن يرد العقد على الأعيان منقولة كانت أو عقاراً لتمليكها بعوض أو بغير عوض.

م ٢٦٤ ـ يصح أن يرد العقد على الأعيان لحفظها وديعة، أو لاستهلاكها بالانتفاع بها قرضاً ورد بدلها (ويلاحظ هنا أن الالتزام الناشىء من الاستهلاك بالقرض هوالتزام بدين لا بعين).

م ٢٦٥ ـ يجوز ورود العقد على منافع الأعيان للانتفاع بها بعوض إجارة، أو بغير عوض إعارة، ورد عينها لصاحبها (وقد أغفل صاحب «**مرشد الحيران**» النص على الالتزام بالتسليم).

(٢) وقيل إنه ينعقد على العين لا على عمل الصانع، فيكون التزاماً بعين لا التزاماً بعمل حتى إن الصانع لو جاء بشيء من صنع غيره موافق للأوصاف ألزم به المستصنع، ولكن الصحيح أن العقد ينعقد، على عمل الصانع لا على العين، فهو التزام بعمل لا التزام بعين.

(٣) انظر المادة ٢٦٦ من «**مرشد الحيران**».

التزاماً بالدين أو التزاماً بالعين ويدخل في ذلك الالتزام بالتسليم على الوجه الذي سنبينه فيما بعد. وهناك الكفيل بالنفس، والمكفول به في هذه الحالة هو إحضار المكفول، ويبرأ الكفيل بتسليمه المكفول للمكفول له، حيث تمكنه مخاصمته ولو في غير مجلس الحكم ما لم يشترط تسليمه فيه.

ومن ذلك نرى أن الالتزام بالتوثيق إما أن يكون التزاماً تبعياً لالتزام بدين أو بعين، وإما أن يكون التزاماً أصلياً في الكفالة بالنفس.

الدين والعين:

هذه هي أنواع الالتزام المختلفة، يتميز بعضها عن بعض كما رأينا، ولا يدمجها فقهاء الشرع الإسلامي في نوع واحد يسمونه الالتزام كما يفعل الفقه الغربي. ومن بين هذه الأنواع المتعددة ليس إلاّ الالتزام بالدين هو الذي يتعلق بذمة المدين، أما الالتزامات الأخرى فلا تتعلق بالذمة إلاّ إذا تحولت إلى التزامات بدين على الوجه الآتي:

في الالتزام بتمليك العين أو منفعتها ينتقل الملك في الحال، فلا تتحقق صورة يتعلق فيها الالتزام ديناً في الذمة. وقد قدمنا أن هذا لا يعد التزاماً في الفقه الإسلامي، فالعقد هو بذاته الذي ينقل الملكية.

وفي الالتزام بتسليم العين أو بحفظها قد يتحقق سبب الضمان في بعض الحالات. فيتحول هذا الالتزام إلى التزام بدفع قيمة العين، فيكون ديناً متعلقاً بالذمة.

وفي الالتزام بالعمل قد يستأذن القاضي في بعض الحالات أن ينفذ الالتزام على نفقة المدين، فيتحول الالتزام ديناً في الذمة بقدر هذه النفقة.

وفي الالتزام بالتوثيق إذا كانت الكفالة بدين كانت هي أيضاً ديناً يتعلق بالذمة، وإذا كانت الكفالة بعين فإنها تتحول إلى دين بتحول الالتزام المكفول به. أما الكفالة بالنفس، وهي التزام أصلي، فلا تتحول إلى دين يتعلق بالذمة بل إن جزاءها، إذا لم يحضر الكفيل المكفول، أن يحبس الكفيل ما لم يظهر عجزه وعدم اقتداره على إحضار المكفول، ولا يلتزم الكفيل بأداء الدين الذي في ذمة المكفول.

ونرى من ذلك أن الالتزام بالدين والالتزام بالعين هما الالتزامان اللذان يرد إليهما في النهاية كل التزام في الفقه الإسلامي. فنقتصر عليهما، وندعوهما كما يدعيان عادة بالدين والعين.

التمييز بين الدين والعين غير التمييز بين الحق الشخصي والحق العيني:

وظاهر مما قدمناه أن التمييز بين الدين والعين غير التمييز بين الحق الشخصي والحق العيني. فالدين ليس كل الحق الشخصي، بل هو صورة من صوره. والعين تستغرق الحق العيني وبعضاً من الحق الشخصي، هو الالتزام بالعين، ومن ثم فالدين أضيق من الحق الشخصي، والعين أوسع من الحق العيني.

ويخطىء بعض الفقهاء المحدثين عندما يقررون أن الفقه الإسلامي قد ميز تمييزاً واضحاً بين الحق الشخصي والحق العيني ويوردون التمييز بين الدين والعين، أو بين الدين والحق العيني، كأنه

هو التمييز بين الحق الشخصي والحق العيني[١]. وعندنا أنه لا حاجة إطلاقاً للقول بأن الفقه الإسلامي يعرف التمييز بين الحق الشخصي والحق العيني، بل يجب على النقيض من ذلك إبراز أن التمييز بين الدين والعين وهو التمييز الذي يعرفه الفقه الإسلامي، هو غير التمييز بين الحق الشخصي والحق العيني في الفقه الغربي المشتق من القانون الروماني، فلكل فقه صناعته التي يتميز بها. وفي هذا دليل واضح على أن الفقه الإسلامي لا تربطه بالقانون الروماني صلة، وإلاّ لانتقل التمييز بين الحق الشخصي والحق العيني إلى الفقه الإسلامي كما انتقل إلىٰ كل قانون اشتق من القانون الروماني[٢].

بروز التمييز بين الدين والعين في الفقه الإسلامي ـ نظرية الذمة:

فالتمييز بين الدين والعين إذن هو التمييز البارز في الفقه الإسلامي، وعلماء هذا الفقه يحرصون على المقابلة ما بين الدين والعين إذا عرضت لهم مناسبة في ذلك: ويقيمون هذا التمييز

---

(١) من ذلك ما قرره الأستاذ مصطفى الزرقا في الجزء الثاني من كتابه «**الفقه الإسلامي في ثوبه الجديد**» (دمشق سنة ١٩٤٩ طبعة ثانية). فهو في موضع من هذا الكتاب (٦٠ ـ ٦١) يجعل الالتزام شاملاً للالتزام بالدين والالتزام بالعين، وهذا صحيح. ولكنه في موضعين آخرين يخلط تارة بين الحق الشخصي والدين. وطوراً بين الحق العيني والعين. فيقول في (١٦): «ومما تجب ملاحظته أن الحق العيني يجب أن يكون الشيء الذي هو موضوعه معيناً بذاته كي تنصب عليه سلطة صاحب الحق مباشرة بلا واسطة، فإذا لم يكن موضوعه متعيناً في الخارج بل ثابتاً في الذمة كالدين لا يكون الحق عينياً بل شخصياً». ويمثل لهذا الدين الثابت في الذمة الذي أورده في آخر عبارته بحق المغصوب منه على الغاصب في أن يرد المغصوب إلى المكان الذي غصبه منه. وهذا الحق في الفقه الإسلامي عين لا دين وجعله ديناً لإدخاله في نطاق الحق الشخصي هو حصر الحق الشخصي في الدين، وقد رأينا أن الحق الشخصي أوسع نطاقاً. ثم يقول الأستاذ الزرقا في (٢٠): «كثيراً ما ينقلب الحق العيني إلى شخصي.. كما في المغصوب، فإنه ما دام باقية عينه على حالها في يد الغاصب فللمالك حق عيني فيه يسوغه طلب استرداده». وهنا يبدو أن المؤلف رجع عن اعتبار حق المغصوب منه على الغاصب في أن يرد المغصوب ديناً، ولكن ليعتبره حقاً عينياً. والصحيح أن هذا الحق شخصي لا عيني، والذي أوقع اللبس فيه أنه عين لا دين فخلط بالحق العيني هنا، ثم هو شخصي لا عيني، فخلط بالدين هناك، أنظر أيضاً (٢٠) من هذا الكتاب حيث يذهب المؤلف إلى أن الوفاء بمقابل يقلب الحق الشخصي حقاً عينياً، والصحيح أن حق الدائن بقي حقاً شخصياً حتى انقضى بالوفاء، ولم ينقلب إلى حق عيني.

وكل هذا يدل على غرابة التمييز بين الحق الشخصي والحق العيني على رجال الفقه الإسلامي، حتى إن بعض هؤلاء عندما يذهبون إلى الأخذ بهذا التمييز قد تخطئهم الدقة أحياناً في تبنيه. وكان الأستاذ علي الخفيف معتدلاً في نظرته عندما تناول هذا الموضوع في محاضرته لقسم الدكتوراه في «الحق والذمة وتأثير الموت فيهما» سنة ١٩٤٥ (٥٤ ـ ٨١).

(٢) ومن رأينا أن ابتعاد الفقه الإسلامي عن الأخذ بهذا التمييز بين الحق الشخصي والحق العيني، وهو تمييز جوهري في القانون الروماني وعدم توسعه في الأخذ بنظرية الإثراء بلا سبب على الوجه الذي سنبينه فيما يلي وهي نظرية توسع فيها القانون الروماني إلى حدود بعيدة، من أوضح الأدلة على أن الفقه الإسلامي لم يتأثر بالقانون الروماني (انظر كتابنا «**في نظرية العقد**» ٦٩ ـ ٢٧١). هذا إلى أن نزعة الفقه الإسلامي موضوعية ونزعة القانون الروماني ذاتية. وقد رأينا أن نبرز هذه الفروق بين الفقه الإسلامي والفقه الغربي حتى يحتفظ الفقه الإسلامي بطابعه الخاص على النحو الذي أشرنا إليه فيما تقدم.

على أساس الذمة. فيقولون إن الدين يتعلق بذمة المدين، أما العين فلا تتعلق بالذمة، بل يكون الحق، عينيّاً كان أو شخصياً. متعلقاً بالعين ذاتها. فالتعلق بالذمة أو عدم التعلق بها هو الذي يقوم عليه التمييز بين الدين والعين. ومن ثم وجب أن نستعرض، في كلمات موجزة، نظرية الذمة في الفقه الإسلامي.

نظرية الذمة في الفقه الإسلامي:

الذمة في الفقه الإسلامي هي وصف شرعي يفترض الشارع وجوده في الإنسان، ويصير به أهلاً للالزام وللالتزام، أي صالحاً لأن تكون له حقوق وعليه واجبات. ولما كانت هذه الصلاحية التي ترتبت على ثبوت الذمة يسميها الفقهاء بأهلية الوجوب، إذ يعرفون هذه الأهلية بأنها صلاحية الإنسان للحقوق والواجبات المشروعة، فإن الصلة ما بين الذمة وأهلية الوجوب صلة وثيقة، فالذمة هي كون الإنسان صالحاً لأن تكون له حقوق وعليه واجبات وأهلية الوجوب هي هذه الصلاحية ذاتها. والذمة تلازم الإنسان إذ يولد الإنسان وله ذمة بحكم أنه إنسان، ومن ثم تثبت له أهلية الوجوب. فأهلية الوجوب إذن تترتب على وجوب الذمة. ولا يقتصر الفقه الإسلامي في الذمة على ما في الإنسان من الصلاحية للتملك والكسب، أي على نشاطه الاقتصادي فحسب، بل الذمة وصف تصدر عنه الحقوق والواجبات جميعها وإن لم تكن مالية كالصلاة والصيام والحج، أو كانت مالية ذات صبغة دينية كالزكاة وصدقة الفطر والعشر والخراج. ومن ثم كان نطاق الذمة واسعاً في الفقه الإسلامي حتى قال فخر الإسلام البزدوي إن الذمة لا يراد بها إلاّ نفس الإنسان.

وتبدأ الذمة ببدء حياة الإنسان وهو جنين، فتكون له ذمة قاصرة، إذ يجوز أن يرث وأن يوصى له وأن يوقف عليه، ثم يولد حيّاً فتتكامل ذمته شيئاً فشيئاً، في المعاملات والعبادات والحدود، حتى تصير كاملة. وتبقى ذمة الإنسان ما بقي حيّاً، وتنتهي بموته. وانتهاء الذمة بالموت تختلف فيه المذاهب.

فالمالكية وبعض الحنابلة يذهبون إلى أن الذمة تتلاشى بالموت. فإن ترك الميت ما لا تعلقت ديونه به، وإلاّ سقطت.

والشافعية والحنابلة الآخرون يذهبون إلى أن الذمة تبقى بعد الموت إلى أن توفى الديون. ويستشهدون على ذلك بأن الميت قد تترتب في ذمته ديون بعد الموت، كما إذا كان قد باع وهو حي عيناً فردت بالعيب بعد موته فإن ذمته تشغل إذ ذاك بثمن البيع، وكما إذا كان وهو حي قد حفر حفرة في الطريق العام فتردى بعد موته فيها شخص وتلف متاعه فإن ذمة الميت تشغل إذ ذاك بالضمان. ثم يرتبون على ذلك أن الدين بعد الموت يبقى متعلقاً بالذمة، ولو لم يكن للميت مال ولم يكن بالدين كفيل، فإنه يجوز في هذه الحالة كفالة الدين بعد الموت، إذ هو باق متعلق بالذمة كما تقدم القول. ولا يحول، في هذا المذهب، بقاء الذمة بعد الموت وبقاء الدين متعلقاً بها دون أن تنتقل التركة إلى ملك الورثة بالموت في الحال.

والحنفية يذهبون إلى أن الذمة بعد الموت لا تتلاشى ولا تبقى، ولكنها تخرب، ويقويها أن يترك الميت مالا أو كفيلاً بدينه. فإن لم يوجد مال ولا كفيل سقط الدين، ولا يجوز في هذه

الحالة كفالة الدين بعد الموت كما جاز في قول من يرى بقاء الذمة غير خربة. وتبقى التركة المستغرقة على حكم ملك الميت. أما التركة غير المستغرقة فقد اختلفت الحنفية فيها على أقوال ثلاثة: قيل تبقى التركة غير المستغرقة كالتركة المستغرقة على حكم ملك الميت، وقيل بل تنتقل إلى ملك الورثة، وقيل تبقى على حكم ملك الميت بقدر الدين وتنتقل إلى ملك الورثة فيما جاوز ذلك[١].

---

(١) انظر في هذا الموضوع محاضرات الأستاذ علي الخفيف في «الحق والذمة وتأثير الموت فيها» سنة ١٩٤٥ (٨٢/ ٩٥)، وانظر أيضاً «أحكام التركات والمواريث» للأستاذ محمد أبو زهرة. سنة ١٩٤٩ (١٧ ـ ٢٩).

وهذه هي الخطوط الرئيسية لنظرية الذمة في الفقه الإسلامي. ونورد هنا الخطوط الرئيسية لنظرية الذمة في الفقه الغربي لعقد مقارنة بين النظريتين. فالذمة على النحو الذي صاغ به النظرية الفقيهان المعروفان أو بري ورو، هي مجموع الحقوق الموجودة أو التي قد توجد والالتزامات الموجودة أو التي قد توجد لشخص معين، ويستخلص من ذلك معنيان:

أولاً: أن الذمة مجموع من المال.

ثانياً: أن الذمة هي الشخصية القانونية، ما دام يدخل فيها الحقوق والالتزامات التي قد توجد، فهي إذن القابلية لكسب حق أو ترتيب التزام، وهذه هي الشخصية القانونية.

ويترتب على أن الذمة مجموع من المال النتائج الآتية:

١ ـ يكون للدائنين حق ضمان عام على هذا المجموع من المال لا على مال معين بالذات. وهذا يفسر أن الدائن يستطيع التنفيذ على مال للمدين لم يكون موجوداً وقت نشوء الدين لأن هذا المال قد اندمج في المجموع فأصبح أحد عناصره. ويفسر أن الدائن لا يستطيع التنفيذ على مال كان موجوداً لذمة المدين وقت نشوء الدين، وخرج من ملكه وقت التنفيذ، لأن هذا المال قد خرج من المجموع فلم يعد محسوباً في عناصره.

٢ ـ ينتقل حق الدائنين بعد موت المدين إلى تركته كمجموع من المال. ذلك أن ذمة المدين كمجموع من المال بما يشتمل عليه من حقوق والتزامات، تنتقل من المدين إلى ورثته فيصبح الورثة مسؤولين عن التزامات المورث، إما دون حد إذ تعتبر شخصية الوارث استمراراً لشخصية المورث، وإما في حدود ما انتقل إلى الورثة من الحقوق بطريق الميراث ويتم هذا باستعمال الورثة لحق الانتفاع بالجرد. (bénéfice d'inventaire).

٣ ـ تقوم نظرية الحلول العيني على فكرة المجموع. فحيث يخرج مال من المجموع ويحل محله مال آخر. فثم حلول عيني، ويصبح المال الجديد من عناصر المجموع مكان المال القديم. ومن أمثلة الحلول العيني في القانون الفرنسي ما يطرأ من حلول في مال الزوجية المشترك (communauté) ومال الزوجة الخاص (propre) ومال المهر (dot) والمال الذي كسبته الزوجة بعملها، والتركة التي قبلها الوارث منتفعاً بحق الجرد، والمال الموهوب أو الموصى به بشرط عدم التصرف فيه أو بشرط تحويله إلى مؤسسة أو بشرط أن ترثه أجيال محددة Substitutions permises ومن أمثلة الحلول العيني في القانون المصري ما يطرأ من حلول في تركة تحت التصفية، وفي مال كسبه بعمله صبي في السادسة عشرة، وفي مال موهوب أو موصى به بشرط عدم التصرف. والرأي الحديث يذهب إلى أن الحلول العيني يقوم، لا على فكرة المجموع بل على فكرة قيام نظام قانوني خاص (régime Juridique Spéciale) لمال خصص لغاية معينة (affectation à un but spéciale) سواء كان مجموعاً من المال أم مالاً معيناً بالذات، ولهذا الرأي تطبيقات كثيرة، منها استرداد

الدين والعين في نطاق نظرية الذمة:

ولما وضعت نظرية الذمة في الفقه الإسلامي على النحو المتقدم، نظر الفقهاء إلى الحقوق المختلفة من هذه الناحية، فوجدوا أن الحق العيني والالتزام بالعين ينصبان على عين معينة بالذات،

الوارث الحقيقي للتركة من الوارث الظاهر، واسترداد الغائب لماله من أقيم عليه وكيلاً، وحلول التعويض أو مبلغ التأمين محل العين المرهونة عند هلاكها، وحلول المفرز الذي آل بالقسمة محل المفرز ضمن عين شائعة وقع التصرف فيها ببيع أو رهن، وحلول عين محل أخرى في استبدال الوقف (انظر في هذا الرأي الحديث رسالة غير مطبوعة للدكتور إسماعيل غانم في الذمة المالية).

ويترتب على أن الذمة هي الشخصية القانونية ما يقال عادة من أن الذمة لا بد لها من شخص، ومن أن لكل شخص ذمة، ومن أن الشخص الواحد لا تكون له إلاّ ذمة واحدة، فالذمة إذن كل لا يقبل التصرف ولا التجزئة. أما أن الذمة كل لا يقبل التصرف فهذا واضح، لأن الذمة هي القابلية لكسب حق أو ترتيب التزام، ولا يستطيع الشخص أن يتصرف في هذه القابلية، ويرتب أو برى ورو على هذه الخاصية عدم جواز التصرف في التركة المستقبلة، واستمرار شخصية المورث في شخصية الوارث فتنتقل جميع الديون إلى الوارث ويصبح السند القابل للتنفيذ في حق المورث نافذاً في حق الوارث وتضاف حيازة المورث إلى حيازة الوارث. فإذا أريد تجديد مسؤولية الوارث عن ديون مورثه بقدر ما انتقل إليه من الحقوق بالميراث، وحب أما افتراض بقاء المورث حيا بعد موته إلى أن تصفى ديونه، وأما افتراض أن للوارث شخصيته الأصلية مزدوجة بشخصية المورث إلى أن تتم التصفية. وأما أن الذمة كل لا يقبل التجزئة فغير واضح: بعد أن رأينا أن الشخص الواحد قد ينفصل من ماله جزء يخضع لنظام قانوني خاص بسبب تخصيصه لغاية معينة. ولكن يمكن القول، توجيهاً لهذا الرأي، إنه حتى عند تعدد الذمم المالية، فإن كل ذمة منها لا تقبل التجزئة في ذاتها.

ومن هذا العرض يتبين أن الذمة في الفقه الإسلامي تختلف عن الذمة في الفقه الغربي، ويمكن تلخيص وجوه الخلاف فيما يأتي:

١ ـ الذمة في الفقه الإسلامي وحسب تصدر عنه الحقوق والواجبات المالية وغير المالية، أما الذمة في الفقه الغربي فلا تشمل إلاّ الحقوق والالتزامات المالية.

٢ ـ وحتى في نطاق المال: تبدأ الذمة في الفقه الإسلامي بالشخص، ثم تنتهي إلى المال (وفي الديون دون غيرها)، أما الذمة في الفقه الغربي فتبدأ بالمال، ثم تنتهي إلى الشخص.

٣ ـ والذمة في الفقه الإسلامي لا تجعل المال مجموعاً تفنى فيه عناصره كما هي حال الذمة في الفقه الغربي ولا يكون المال مجموعاً في الفقه الإسلامي، حتى عند الحجر أو مرض الموت وحتى بعد الموت، ففي هذه الأحوال الثلاثة تتعلق الديون بمالية الأعيان لا بذواتها كما في الرهن، ولكن مال المدين لا يكون مجموعاً كما في الفقه الغربي، بل إنه لا يوجد تلازم بين الذمة والتركة في الفقه الإسلامي، فقد تبقى الذمة قائمة وتنتقل التركة مع ذلك إلى الورثة.

ويمكن القول بوجه عام أن الفرق الجوهري ما بين الذمة في الفقه الإسلامي والذمة في الفقه الغربي هو أن الفقه الإسلامي ينظر إلى الذمة كشخصية قانونية لا كمجموع من المال، ومن ثم سهل على الفقهاء المحدثين أن ينسبوا للذمة في الفقه الإسلامي الخصائص التي يفرعها الفقه الغربي على فكرة الشخصية القانونية، فيقولون إن الذمة لا تثبت إلاّ لشخص، وإن لكل شخص ذمة، وإن الشخص الواحد لا تكون له إلاّ ذمة واحدة (انظر المراجع السابق الإشارة إليها للأساتذة علي الخفيف، ومحمد أبو زهرة ومصطفى الزرقا والدكتور إسماعيل غانم (٢٦٨) وما بعدها).

فأمكن أن يتعلق الحق بالعين. أما الدين فمحله كما قدمنا مبلغ من النقود أو جملة من الأشياء المثلية، ومن ثم تعذر أن يتعلق الدين بعين معينة بالذات، فلم يبق إلاّ تعليقه بالذمة إذ هي محل الحقوق والواجبات جميعاً. فبرز التمييز بين الدين والعين وقامت المقابلة بينهما على هذا الأساس، فالدين دون العين هو الذي يتعلق بالذمة.

ومنذ تعلق الدين بالذمة استتبع ذلك عدة أمور:

١ ـ منها أن الالتزام بالدين يحتاج في استيفائه إلى وساطة المدين، أما الالتزام بالعين فينصب على العين ذاتها ولا حاجة فيه إلى هذه الوساطة.

٢ ـ ومنها أن الدين تتبعه المطالبة. إذ أن وساطة المدين تقتضي مطالبته، أما العين فلا وساطة فيها ولا مطالبة.

٣ ـ ومنها أن الدين يرد عليه الأجل وتصح به المقاصة ويجوز فيه الإبراء، أما الالتزام بالعين وهو متصل بها مباشرة فكالحق العيني لا يتصور فيه أجل ولا مقاصة ولا إبراء.

اختفاء التمييز بين الحق الشخصي والحق العيني في الفقه الإسلامي:

ومذ برز التمييز بين الدين والعين في الفقه الإسلامي لم يظهر التمييز بين الحق الشخصي والحق العيني. وسبب ذلك واضح فإن الالتزام بالعين اقترب من الحق العيني في خصائصه، وابتعد عن الدين. فالالتزام بالعين كما رأينا ينصب كالحق العيني على العين بالذات، وهو كالحق العيني أيضاً لا يحتاج إلى وساطة المدين ولا تتبعه المطالبة ولا يرد عليه الأجل ولا تصح به المقاصة ولا يجوز فيه الإبراء. ولا كذلك الدين، فهو لا ينصب على عين بالذات بل يتعلق بالذمة، وهو يحتاج إلى وساطة المدين، وتتبعه المطالبة ويرد عليه الأجل وتصح به المقاصة ويجوز فيه الإبراء.

ولما اقترب الالتزام بالعين من الحق العيني وابتعد عن الدين أمكن إدماج الالتزام بالعين في الحق العيني وإطلاق لفظ «العين» عليهما جميعاً، وأمكنت بعد ذلك المقابلة بين العين والدين على النحو الذي قدمناه، فبرز التمييز بين الدين والعين كما أسلفنا، وستر ببروزه التمييز بين الحق الشخصي والحق العيني[1].

---

(١) ويعلل الأستاذ شفيق شحاتة في كتابه «**نظرية الالتزامات في الشريعة الإسلامية**» (١٩٧ ـ ١٩٩) عدم وضوح التمييز بين الحق الشخصي والحق العيني بالصبغة المادية التي اصطبغ بها الحق الشخصي فقارب الحق العيني، ويمكن أن نرد ما قاله في هذه المسألة إلى النقط الآتية:

١ ـ عنصر المطالبة هو الذي يميز بين الحق الشخصي والحق العيني. فهو الذي يظهر أن الالتزام يتضمن ارتباطاً بين شخصين. أما الحق العيني فلا يتضمن المطالبة إذ ليس هناك من يعترض صاحب الحق دون الشيء محل الحق.

٢ ـ ومع ذلك لم تلتفت الفقهاء إلى عنصر المطالبة في الالتزام، وأغفلت النظر إلى الرابطة الشخصية ما بين صاحب الحق والمدين بالحق أو بين الطالب والمطلوب، ووجهت اهتمامها إلى موضوع الحق، فصبغت الالتزام بذلك صبغة مادية بحتة.

هل تطور التمييز بين الدين والعين في الفقه الإسلامي إلى تمييز بين الحق الشخصي والحق العيني:

ولنتابع تطور الفقه الإسلامي إلى الغاية القصوى من مراحله، وهذه هي الخطة التي قلنا إننا سنلتزمها في بحثنا هذا. يجوز أن نتساءل هل تطور الفقه الإسلامي، ولو إلى مدى محدود، من التمييز بين الدين والعين إلى التمييز بين الحق الشخصي والحق العيني؟ آية ذلك، فيما نرى، أن

---

٣ ـ وقد فعلوا ذلك في الالتزام بالعين حيث تكون العين في غالب الأحيان محلاً كذلك لحق عيني فيحجب الحق الشخصي وفي الالتزام بعمل وهو ليس في الواقع إلاّ عبارة عن التزام بتسليم شيء أو بصنع شيء أو الانتفاع بشيء.

٤ ـ بل فعلوا ذلك أيضاً في الالتزام بالدين، فلم ينظروا إليه إلاّ على أنه شيء أو مال حكمي، حتى أنهم قسموا الأموال جميعها إلى قسمين وهما الدين والعين.

٥ ـ وإذ صبغ الفقهاء الالتزام بمختلف أنواعه هذه الصبغة المادية، وأبرزوا في كل من الدين والعين موضوع الحق دون الرابطة الشخصية، فقد خلطوا ما بين الحق الشخصي والحق العيني، ولم يكن لفكرة الالتزام بعد ذلك كله إلاّ أن تنطمس انطماساً كلياً.

هذه هي حلقات السلسلة المنطقية التي ساقت الأستاذ شفيق شحاتة إلى القول بغموض التمييز ما بين الحق الشخصي والحق العيني في الفقه الإسلامي، وأبرزناها واحدة بعد الأخرى يسوق بعضها بعضاً، حتى يتبين نظره في وضوح وجلاء.

ونحن نقره فيما ذهب إليه من غموض التمييز ما بين الحق الشخصي والحق العيني في الفقه الإسلامي لكنا نتردد كثيراً في أن نقول معه إن الفقهاء لم يبرزوا عنصر المطالبة أو الرابطة الشخصية في الدين، وإنهم أبرزوا موضوع الحق في الدين والعين على السواء. ونرى أن التمييز ما بين الحق الشخصي والحق العيني إذ ظل غامضاً في الفقه الإسلامي، فإن التمييز ما بين الدين والعين برز واضحاً كل الوضوح. وها نحن نوضح نظرنا في حلقات متسلسلة على النحو الذي أوضحنا به نظر الأستاذ شفيق شحاتة:

١ ـ أن عدم وضوح التمييز بين الحق الشخصي والحق العيني في الفقه الإسلامي سببه أن هذا التمييز قد ستره تمييزاً آخر أكثر منه وضوحاً هو التمييز بين الدين والعين.

٢ ـ فالدين يتعلق بالذمة ولا يتعلق بعين معينة، ثم هو يتضمن عنصر المطالبة لأن المدين يطالب به ولا بد من وساطته في الوفاء. أما الالتزام بالعين فلا يتعلق بالذمة بل يتعلق بعين معينة، ثم هو لا يتضمن عنصر المطالبة فلا حاجة لوساطة المدين في الوفاء.

٣ ـ ومن ثم اقترب الالتزام بالعين من الحق العيني وابتعد عن الدين، إذ أن الخصائص الأساسية للالتزام بالعين تتلاقى مع الخصائص الأساسية للحق العيني، وهي في الوقت ذاته عكس الخصائص الأساسية للدين. فكان من ذلك أن فصل الفقهاء الدين عن العين، وجعلوا العين شاملة للالتزام بالعين والحق العيني جميعاً. فبرز التمييز بين الدين والعين، واختفى التمييز بين الحق الشخصي والحق العيني.

٤ ـ وقد حافظ الفقهاء على هذا النظر في الحوالة. فأجازوا حوالة الدين لأن الدين يتضمن عنصر المطالبة، ولم يجيزوا حوالة العين لأن عنصر المطالبة منعدم في الالتزام بالعين.

٥ ـ ولكنهم في الكفالة أجازوا كفالة الدين والعين، فقربوا هنا العين من الدين وأبعدوها عن الحق العيني. على أن الشافعي كان أكثر التزاماً لمنطق التمييز بين الدين والعين، فلم يجز الكفالة في العين وأجازها في الدين.

نجد الالتزام بالعين يدخل فيه عنصر المطالبة. ذلك أن المطالبة هي من خصائص الدين، إذ أن الدين في الفقه الإسلامي يشتمل على عنصرين: أصل الدين ويتعلق بالذمة، والمطالبة وهي تتبع الأصل[١]. فإذا رأينا الالتزام بالعين يشتمل على عنصر المطالبة فقد اقترب من الدين، وأمكن القول بوجود حق شخصي في الفقه الإسلامي يجمع كلا من الدين والعين. ولما كان عنصر المطالبة يظهر بوجه خاص في الحوالة والكفالة، فقد اخترنا هذين العقدين لنرى ما إذا كانا يردان على العين كما يردان على الدين.

أما الحوالة فهي نقل الدين والمطالبة على رأي، ونقل المطالبة وحدها على رأي آخر. وهي لا ترد إلاّ على الدين، فلا تصح الحوالة بالأعيان القائمة لأنها نقل ما في الذمة ولم يوجد[٢]. ونرى من ذلك أن اقتصار الحوالة على الدين، وعدم جواز ورودها على العين، يؤكد أن العين لا يدخل فيها عنصر المطالبة، وإلاّ لصلحت محلاً للحوالة. ومن ثم يمكن القول إن الحوالة لا تحمل أثراً لأي تطور يكون من شأنه تقريب العين من الدين تمهيداً لاندماجهما معاً في الحق الشخصي.

بقيت الكفالة، وكان الواجب أن تكون الحوالة لا ترد إلاّ على الدين، لأن الحوالة ضرب من الكفالة[٣] ولأن الكفالة هي ضم ذمة الكفيل إلى ذمة الأصيل في حق المطالبة بما على الأصيل،

---

(١) ونظير ذلك في الفقه الجرماني تحليل الالتزام إلى عنصرين: عنصر المديونية (Schuld) وعنصر المسؤولية (Haftung).

(٢) **«البدائع»** (٦/١٦). وننقل هنا ما جاء في **«البدائع»** في شأن نقل الحوالة للدين والمطالبة معاً أو نقلها للمطالبة وحدها: «واختلف مشايخنا المتأخرون في كيفية النقل مع اتفاقهم على ثبوت أصله موجباً للحوالة. قال بعضهم إنها نقل المطالبة والدين جميعاً، وقال بعضهم إنها نقل المطالبة فحسب فأما أصل الدين فباق في ذمة المحيل. وجه قول الأولين دلالة الإجماع والمعقول. أما دلالة الإجماع فلأنا أجمعنا على أنه لو أبرأ المحال عليه من الدين أو وهب الدين منه صحت البراءة والهبة، ولو أبرأ المحيل من الدين أو وهب الدين منه لا يصح، لولا أن الدين انتقل إلى ذمة المحال عليه وفرغت ذمة المحيل عن الدين لما صح الأول لأن الإبراء عن الدين وهبة الدين ولا دين محال، ويصح الثاني لأن الإبراء عن دين ثابت وهبته منه صحيح وإن تأخرت المطالبة كالإبراء من الدين المؤجل. وأما المعقول فلأن الحوالة توجب النقل لأنها مشتقة من التحويل وهو النقل، فيقتضي نقل ما أضيف إليه، وقد أضيف إلى الدين لا إلى المطالبة، لأنه إذا قال أحلت بالدين أو أحلت فلاناً بدينه فيوجب انتقال الدين إلى المحال عليه، إلاّ أنه إذا انتقل أصل الدين إليه تنتقل المطالبة لأنها تابعة - وجه قول الآخرين دلالة الإجماع والمعقول.

أما دلالة الإجماع فإن المحيل إذا قضى دين الطالب بعد الحوالة قبل أن يؤدي المحال عليه لا يكون متطوعاً ويجبر على القبول، ولو لم يكن عليه دين لكان مقطوعاً فينبغي ألا يجبر على القبول كما إذا تطوع أجنبي بقضاء دين إنسان على غيره. . . ولو كان له عليه دين يلتقيان قصاصاً كالكفالة سواء، فدلت هذه الأحكام على التسوية بين الحوالة والكفالة. ثم إن الدين في باب الكفالة ثابت في ذمة الأصل، فكذا في الحوالة، وأما المعقول فهو أن الحوالة شرعت وثيقة الدين بمنزلة الكفالة، وليس من الوثيقة إبراء الأول، بل الوثيقة في نقل المطالبة مع قيام أصل الدين في ذمة المحيل (**«البدائع»** ٦/ ١٧ - ١٨).

(٣) أما أن الحوالة ضرب من الكفالة فيدل عليه أمران:

فإذا قدرنا أن العين لا يدخل فيها عنصر المطالبة، لوجب أن تقتصر الكفالة على الدين، لأن المطالبة لا تكون إلاّ فيه. وهذا هو قول الشافعي، فعنده أن الكفالة لا تصح إلاّ في الدين ولكن الحنفية يذهبون إلى أن الكفالة تقع على الدين والعين. ويشترطون في الكفالة بالعين أن تكون مضمونة بنفسها. فلا تصح كفالة العين إذا لم تكن مضمونة كالوديعة والعارية والإيجار، أو إذا كانت مضمونة بغيرها كالمبيع قبل القبض وهو مضمون بالثمن والرهن وهو مضمون بالدين. أما العين المضمونة بنفسها، كالمغصوب والمقبوض بالبيع الفاسد والمقبوض على سوم الشراء، فتصح كفالتها. والكفالة بالعين في هذه الحالة تكون كفالة بقيمتها أي كفالة بالدين إذا هلكت العين، أما إذا بقيت قائمة فتكون كفالة بالعين ذاتها. وفي هذا إدخال لعنصر المطالبة في الالتزام بالعين، وتقريب للعين من الدين.

كذلك تصح عند الحنفية كفالة فعل التسليم في الجملة فتجوز الكفالة بتسليم المبيع والرهن لأن المبيع مضمون التسليم على البائع والرهن مضمون التسليم على المرتهن في الجملة بعد قضاء الدين، فكان المكفول به مضموناً على الأصيل وهو فعل التسليم فصحت الكفالة به، لكنه إذا هلك

أولاً: أن هناك رأياً، تقدم ذكره، يذهب إلى أن الحوالة هي نقل المطالبة فحسب وأما أصل الدين فباق في ذمة المحيل، بل إن زفر يذهب إلى أن الحوالة لا توجب براءة المحيل والحق في ذمته بعد الحوالة على ما كان عليه قبلها كالكفالة سواء، وجه قوله أن الحوالة شرعت وثيقة للدين كالكفالة، وليس من الوثيقة براءة الأول، بل الوثيقة في مطالبة الثاني مع بقاء الدين على حاله في ذمة الأول من غير تغيير كما في الكفالة سواء («**البدائع**» ٦/١٧)، فلا تنقل الحوالة، في رأي زفر، لا المطالبة ولا الدين بل يبقى الدين على حاله (مطالبة وديناً) في ذمة المحيل وتنشىء الحوالة حق مطالبة جديداً في ذمة المحال عليه، وهي في ذلك كالكفالة تضم ذمة الكفيل إلى ذمة الأصيل في المطالبة.

ثانياً: أن الحوالة تنتهي بالتوى، فلو مات المحال عليه مفلساً بقي الدين ذاته في ذمة المحيل، فكأن الدين لم ينتقل من ذمة المحيل بالحوالة، بل ضمت ذمة المحال عليه إلى ذمة المحيل، في المطالبة كما هي الحال في الكفالة. ويؤيد ذلك ما جاء في «**البدائع**»: «حكم الحوالة تنتهي بأشياء منها.. التوى.. لأن الدين كان ثابتاً في ذمة المحيل قبل الحوالة، والأصل أن الدين لا يسقط بالقضاء - إلاّ أنه الحق الإبراء بالقضاء في السقوط، والحوالة ليست بقضاء ولا إبراء. فبقي الدين في ذمته على ما كان قبل الحوالة.. إلاّ أن بالحوالة انتقلت المطالبة إلى المحال عليه لكن إلى غاية التوى، لأن حياة الدين بالمطالبة، فإذا توى لم تبق وسيلة إلى الإحياء فعادت إلى محلها الأصل» («**البدائع**» ٦/١٨).

ويتبين مما تقدم أن الحوالة صورة خاصة من الكفالة: تتميز بأن الدائن يرجع أولاً على الكفيل (المحال عليه)، فإذا توى الدين عنده رجع على المدين (المحيل). أما في الكفالة العادية فالدائن بالخيار في الرجوع إما على الكفيل أو على المدين.

ويتبين من ذلك أيضاً ألا محل، في رأينا، للمناقشات الطويلة التي تدور حول جواز حوالة الحق في الفقه الإسلامي كما جازت حوالة الدين. فحوالة الدين في الفقه الإسلامي غير حوالة الدين في الفقه الغربي. كما لا يجوز أن يؤخذ من الحوالة المقيدة دليل على جواز حوالة الحق، فالصحيح أن المحل في الحوالة المقيدة لم ينقل ملكية الدين الذي له في ذمة المحال عليه إلى المحال له: والأولى أن يقال إن الفقه الإسلامي لا يعرف حوالة الحق ولا حوالة الدين بالمعنى المفهوم في الفقه الغربي (انظر المراجع السابقة للأستاذ شفيق شحاتة ١١٦ وللأستاذ مصطفى الزرقا ٥٠/٥٨).

فلا شيء على الكفيل لأنه لم يبق مضموناً على الأصيل فلا يبقى على الكفيل[١].

وقد يكون إدخال عنصر المطالبة في كل من الالتزام بالعين والالتزام بالتسليم وتقريب هذين من الدين في باب الكفالة، مبدأ تطور لم يتم في جعل الالتزام بالعين كالالتزام بالدين متعلقاً بالذمة، فتتبعه المطالبة. ولكن الأولى الوقوف عند التمييز بين الدين والعين، فهو التمييز البارز في الفقه الإسلامي[٢].

ومهما يكن من أمر تعدد أنواع الالتزام في الفقه الإسلامي وعدم اندماجها في وحدة تنتظمها جميعاً، فإنه يمكن مع ذلك التقريب فيما بينها من ناحية المصدر. فهي أيّاً كان نوعها، التزاماً بدين

---

(١) وهذا ما جاء في «**البدائع**» في هذا الشأن: «أن المكفول به أربعة أنواع، عين ودين ونفس وفعل ليس بدين ولا عين ولا نفس. أما العين فنوعان، عين هي أمانة وعين هي مضمونة، أما العين التي هي أمانة فلا تصح الكفالة بها سواء كانت أمانة غير واجبة التسليم كالودائع ومال الشركات والمضاربات. أم كانت أمانة واجبة التسليم كالعارية والمستأجر في يد الأجير، لأنه أضاف الكفالة إلى عينها وعينها ليست بمضمونة. ولو كفل بتسليم المستعار والمستأجر عن المستعير والمستأجر جاز لأنهما مضمونا التسليم عليهما، فالكفالة أضيفت إلى مضمون على الأصيل وهو التسليم فصحت.

وأما العين المضمونة فنوعان، مضمون بنفسه كالمغصوب والمقبوض بالبيع الفاسد والمقبوض على سوم الشراء ومضمون بغيره كالمبيع قبل القبض والرهن فتصح الكفالة بالنوع الأول لأنه كفالة بمضمون بنفسه، ألا ترى أنه يجب رد عينه حال قيامه ورد مثله أو قيمته حال هلاكه، فيصير مضموناً على الكفيل على هذا الوجه أيضاً، ولا تصح بالنوع الثاني، لأن المبيع قبل القبض مضمون بالثمن لا بنفسه، ألا ترى أنه إذا هلك في يد البائع لا يجب عليه شيء، ولكن يسقط الثمن عن المشتري، وكذا الرهن غير مضمون بنفسه بل بالدين، ألا ترى أنه إذا هلك لا يجب على المرتهن شيء ولكن يسقط الدين عن الراهن بقدره. وأما الفعل فهو فعل التسليم في الجملة، فتجوز الكفالة بتسليم المبيع والرهن، لأن البيع مضمون التسليم على البائع والرهن مضمون التسليم على المرتهن في الجملة بعد قضاء الدين، فكان المكفول مضموناً على الأصيل وهو فعل التسليم فصحت الكفالة به، لكنه إذا هلك لا شيء على الكفيل لأنه لم يبق مضموناً على الأصيل فلا يبقى على الكفيل» («**البدائع**» ٦/ ٧).

(٢) ويبدو من اشتراط أن تكون العين مضمونة بنفسها لجواز الكفالة بها أن العين في هذه الحالة تكون في حكم الدين من حيث الضمان، ومن ثم جازت الكفالة بها. ولذلك لم نر أن نعلق أهمية كبيرة على هذا الحكم لنستدل به على أن هناك تطوراً. والشافعي يذهب إلى أن الكفالة بالعين أو بالفعل غير جائزة ولا يجيز الكفالة إلا في الدين، فرجع بذلك إلى الأصل المقرر، ويقول الكاساني في ذلك: «ثم ما ذكرنا بالكفالة بالنفس والعين والفعل أنها صحيحة وما ذكرنا من التفريعات عليها مذهب أصحابنا وقال الشافعي رحمه الله إنها غير صحيحة. وجه قوله أن الكفالة أضيفت إلى غير محلها فلا تصح، ودلالة ذلك أن الكفالة التزام بالدين، فكان محلها الدين فلم توجد، والتصرف المضاف إلى غير محله باطل، ولأن القدرة على تسليم المكفول به شرط جواز الكفالة والقدرة على الإعتاق لا تتحقق. ولنا... أن هذه الكفالة أضيفت إلى مضمون على الأصيل مقدور الاستيفاء من الكفيل فتصح كما تصح الكفالة بالدين، وقوله الكفالة التزام الدين ممنوع، بل هي التزام المطالبة بمضمون على الأصيل وقد يكون ذلك ديناً وقد يكون عيناً والعين مقدورة التسليم في حق الأصيل كالدين». («**البدائع**» ٦/ ٨).

كانت أو التزاماً بعين أو التزاماً بعمل أو التزاماً بتوثيق، تتقابل في المصادر التي تنشأ عنها. وهذه المصادر التي أشرنا إليها بإيجاز فيما تقدم هي التي سنستقصيها تفصيلاً فيما بعد.

ثانياً: الحق العيني

حصر الحقوق العينية وتقسيمها إلى أصلية وتبعية:

قيام الحق العيني في الفقه الإسلامي أوضح من قيام الحق الشخصي. فقد رأينا أن الحق الشخصي، أو الالتزام، يشتمل على روابط قانونية مختلفة استبقاها الفقهاء متميزة بعضها عن بعض، دون أن تندمج في وحدة تنتظمها جميعاً وتسمى بالالتزام.

وصحيح أن الفقهاء لم يستعملوا لفظ «الحق العيني» ولكن المحدثين منهم يعالجون الحقوق العينية الأصلية جميعها في مكان واحد، ويفرعونها على حق الملك. بل كثير منهم يسمونها بالحقوق العينية جرياً على اصطلاح الفقه الغربي. ثم إن الحقوق العينية الأصلية هي والحقوق العينية التبعية تنتظمها جميعاً فكرة واحدة هي أنها «حق في العين»، أو «حق ثابت في المال».

ذلك أنه يمكن في الفقه الإسلامي، كما أمكن في الفقه الغربي، أن نقسم الحقوق العينية إلى حقوق عينية أصلية وحقوق عينيه تبعية. وسواء كانت الحقوق العينية أصلية أو تبعية فإنها تذكر على سبيل الحصر، لا تجوز الزيادة فيها بخلق حق عيني جديد.

١ ـ الحقوق العينية الأصلية

حصرها وردها إلى حق الملك:

على رأس هذه الحقوق حق الملك، وجميع الحقوق الأصلية الأخرى متفرعة عنه. فحق الملك هو الحق العيني الكامل. وقد تتجزأ عناصره، فتتفرع عنه حقوق عينية تعتبر بالنسبة إلى حق الملك بمثابة الجزء من الكل.

فالملك التام هو ملك الرقبة ومنفعتها معاً. ويتفرع عنه ملك المنفعة وحدها وملك الرقبة وحدها، وحقوق الارتفاق. وننقل في هذه الحقوق نصوص مرشد الحيران قصداً إلى الإيجاز.

حق الملك التام:

عرفته المادة ١١ من **«مرشد الحيران»** على الوجه الآتي:

«الملك التام من شأنه أن يتصرف به المالك تصرفاً مطلقاً فيما يملكه عيناً ومنفعة واستغلالاً، فينتفع بالعين المملوكة وبغلتها وثمارها ونتاجها، ويتصرف في عينها بجميع التصرفات الجائزة».

ونرى من ذلك أن عناصر حق الملك في الفقه الإسلامي، كما هي في الفقه الغربي، ثلاثة:

١ ـ الانتفاع بالعين المملوكة.

٢ ـ الانتفاع بالغلة والثمار والنتاج وهذا هو الاستغلال.

٣ ـ التصرف في العين.

وليس حق الملك مطلقاً كما توهم عبارة مرشد الحيران، بل هو حق مقيد بوجوب عدم الإضرار بالجار. وقد رد هذا القيد في نصوص **«مرشد الحيران»** ذاتها، فنصت المادة ٥٧ على أن «للمالك أن يتصرف كيف شاء في خالص ملكه الذي ليس للغير حق فيه. فيعلى حائطه، ويبني ما يريده، ما لم يكن تصرفه مضرّاً بالجار ضرراً فاحشاً». وعرفت المادة ٥٩ الضرر الفاحش بأنه «ما يكون سبباً لوهن البناء أو هدمه أو يمنع الحوائج الأصلية أي المنافع المقصودة من البناء. وأما ما يمنع المنافع التي ليست من الحوائج الأصلية فليست بضرر فاحش». وبينت المادة ٦٠ حكم الضرر الفاحش فقالت: «يزال الضرر الفاحش سواء كان قديماً أو حديثاً».

والملكية الشائعة معروفة في الفقه الإسلامي، وإليها تشير المادة ١٢ من **«مرشد الحيران»** حيث تقول: «إذا كانت العين مشتركة بين اثنين أو أكثر، فلكل واحد من الشركاء حق الانتفاع بحصته، والتصرف فيها تصرفاً لا يضر الشريك، وله استغلالها وبيعها مشاعة حيث كانت معلومة القدر بغير إذن الشريك».

حق المنفعة:

تعرفه المادة ١٣ من **«مرشد الحيران»** على الوجه الآتي: «الانتفاع الجائز هو حق المنتفع في استعمال العين واستغلالها ما دامت قائمة على حالها وإن لم تكن رقبتها مملوكة». فحق المنفعة يختص بعنصرين من عناصر الملكية الثلاثة: الاستعمال والاستغلال. وقد يقتصر على الاستعمال فتسمى المنفعة بحق الاستعمال وقد يقتصر الاستعمال على السكنى فيسمى ذلك بحق السكنى. ومن ثم يقترن عادة بحق المنفعة بحق الاستعمال وحق السكنى.

وأسباب ملك المنفعة ثلاثة: العقد والوصية والوقف.

أما العقد فقد يكون بيعاً، فيبيع المالك المنفعة من آخر طول حياته أو المدة معينة، وفي الحالتين ينتهي حق المنفعة حتماً بموت المنتفع. ولكن بيع المنافع في الفقه الإسلامي أكثر ما يكون بعقد الإيجار، ذلك أن حق المستأجر في الفقه الإسلامي هو حق منفعة، أقرب إلى الحق العيني منه إلى الحق الشخصي، وهو على كل حال في العين المؤجرة[١]، وقد يكون العقد الذي يقع على تمليك المنفعة في الفقه الإسلامي هو عقد العارية، فالمستعير عند المالكية يملك المنفعة دون عوض، إذ العارية عندهم عقد لازم لا يملك المعير الرجوع فيه، ومن ثم يكون حق المستعير حقاً في العين. أما عند الحنفية والشافعية والحنابلة فالعارية عقد غير لازم، وللمعير أن يرجع فيه متى شاء. وتأصيل ذلك عند الحنفية أن العارية عقد على المنافع وهي غير موجودة وقت العقد فيتجدد العقد آنا فآناً، وعند الشافعية والحنابلة أنها من قبيل الإباحة فلا يستفيد المستعير بها ملكاً ولم يستفد إلاّ مجرد الإذن.

---

(١) وعينية حق المستأجر ليست بغريبة على الفقه الغربي، فقد قام فقيه فرنسي معروف هو الفقيه **Troplong** في النصف الثاني من القرن التاسع عشر بمحاولة قصد بها إلى إثبات أن حق المستأجر في القانون الفرنسي هو حق عيني، ولكنها محاولة لم يكتب لها النجاح.

وأما الوصية فكثيراً ما ترد على المنفعة فتملكها للموصى له بعد موت الموصي. وأما الوقف فيرد على العين فيجعل رقبتها غير مملوكة لأحد من العباد وتبقى المنفعة للمستحقين. ولا يملك المستحق أن يتصرف في المنفعة، بل هي موقوفة عليه طول حياته وتؤول من بعده إلى من يليه من المستحقين. ويجعل القانون المدني المصري (م ٥٢) الوقف شخصاً معنوياً. فإذا التزمنا هذا التصوير، كانت رقبة العين الموقوفة للشخص المعنوي، وكان للمستحق حق المنفعة طول حياته.

ولكنه حتى يقوم على الخصائص الآتية:

١ ـ هو حق لا يملك المستحق التصرف فيه.

٢ ـ ويؤول بعد موته إلى المستحق الذي يليه.

٣ ـ ثم إن المستحق لا يملك إدارته، بل الذي يديره هو ممثل الشخص المعنوي الذي يملك الرقبة وهو ناظر الوقف. وللمستحق في ذمة الشخص المعنوي حق شخصي إلى جانب حقه العيني في المنفعة، هو غلة هذه المنفعة يقبضها من ناظر الوقف ممثل الشخص المعنوي. والعين الموقوفة قد يترتب عليها حقوق عينية أخرى. كحق الحكر وحق الإجارتين وحق الإجارة الطويلة وحق الكدك وحق القرار إلى غير ذلك من الحقوق التي أنشأها العرف.

حق الرقبة:

ويوجد هذا الحق حيث ينتزع حق المنفعة من الملك التام، فتبقى الرقبة على ملك صاحبها الأصلي، ويملك المنفعة شخص آخر غير مالك الرقبة، وأكثر ما يكون ذلك بالوصية. فيجوز أن يوصي بمنفعة العين لشخص مع بقاء رقبتها لورثة الموصى، كما تجوز الوصية بالرقبة لشخص وبمنفعتها لشخص آخر كلاهما أجنبي عن المتبرع، ولكن لا يجوز استثناء منفعة العين من الوصية برقبتها لشخص أجنبي لتبقى المنفعة على ملك الورثة (م ١٨ «**مرشد الحيران**»)، وذلك لأن بقاء المنفعة على مالك الورثة معناه تمليكها لهم بطريق الميراث، والمنفعة لا تورث. كذلك يجوز للمالك أن يبيع الرقبة ويستبقي المنفعة لنفسه مدة من الزمن أو طول حياته، فإذا استبقاها طول حياته اشتبه البيع بالوصية.

ومالك الرقبة لا يجوز له أن ينتفع بالعين ولا أن يتصرف في منفعتها، إذ المنفعة في ملك غيره كما تقدم. وكذلك لا يجوز له أن يتصرف في الرقبة ذاتها إلا بإذن صاحب المنفعة. وعليه أن يسلم العين لصاحب المنفعة ليستوفي حقه من منافعها. ولكن إذا انتهى حق المنفعة فإن مال! الرقبة يعود له الملك التام على العين.

حقوق الارتفاق:

وتسمى بالحقوق المجردة. وقد عرفت المادة ٣٧ من «**مرشد الحيران**» حق الارتفاق بأنه «حق مقرر على عقار لمنفعة عقار لشخص آخر». ومن حقوق الارتفاق الشرب والمجرى والمسيل والمرور والتعلي والجوار. فالشرب هو نوبة الانتفاع بالماء سقياً للأرض أو الشجر أو الزرع. وحق

المجرى هو حق مرور مسقى في أرض الجار لتصل إلى أرضه. وحق المسيل هو حق مرور مصرف في أرض الجار لصرف الماء الزائد عن الحاجة أو غير الصالح. وحق المرور هو حق مرور الإنسان إلى ملكه من طريق خاص في ملك غيره. وحق التعلي هو أن يكون الإنسان محق في أن يعلو بناؤه بناء غيره، ويتحقق ذلك في دار لها سفل لمالك وعلو لمالك آخر. وحق الجوار هو ألا يضر الجار بجاره ضرراً فاحشاً.

وحقوق الارتفاق محصورة عند الحنفية في الحقوق المتقدمة الذكر. وعند المالكية هي غير محصورة، فيجوز إنشاء حقوق ارتفاق اتفاقية بالعقد، ويمكن على هذا النحو الاتفاق على ارتفاق بعدم العلو بالبناء إلى أكثر من بعد معين أو على ارتفاق بالبناء في رقعة محدودة.

حق التتبع في الحقوق العينية الأصلية:

ويلاحظ في الحقوق العينية الأصلية جميعاً أن الحق العيني هو سلطة الشخص على عين بالذات، ولصاحب الحق أن يتبع حقه أياً كانت اليد التي انتقلت إليها العين، بل إن حق التتبع هذا في الفقه الإسلامي أقوى منه في الفقه الغربي. فصاحب الرقبة لا يملك بيع الرقبة إلاّ بإذن صاحب المنفعة، والمؤجر لا يملك بيع العين المؤجرة إلاّ بإذن المستأجر، أما في القوانين الغربية فصاحب الرقبة يملك بيعها دون إذن المنتفع والمؤجر يملك بيع العين المؤجرة دون إذن المستأجر، ولكن يبقى كل من حق المنتفع وحق المستأجر نافذاً في حق المشتري.

ومن ثم يبين في وضوح أن الحق العيني يتميز عن الحق الشخصي في أن صاحب الحق العيني يستعمل سلطته على العين دون وساطة أحد، أما صاحب الحق الشخصي، إذا كان هذا الحق ديناً في الذمة، فيحتاج في استعمال حقه إلى وساطة المدين. فوجب إذن تعيين العين في الحق العيني وتعيين المدين في الحق الشخصي.

ب ـ الحقوق العينية التبعية

حقان عينيان تبعيان في الفقه الإسلامي:

ويعرف الفقه الإسلامي الحقوق العينية التبعية، وهي حقوق تترتب على الأعيان ضماناً للديون. ويعرف من هذه الحقوق حقين: حق الرهن وحق الحبس.

حق الرهن:

ويقابل في الفقه الغربي رهن الحيازة، ويقع على العقار وعلى المنقول، وينشأ من عقد الرهن. وعقد الرهن عقد به يحبس الدائن مالاً للمدين ضماناً للدين فيستوفي منه حقه إذا لم يقم المدين بالوفاء. ومن ثم نرى أن حق الرهن حق تبعي لأنه ضمان للدين، وهو حق عيني لأنه يتعلق مباشرة بالعين المرهونة. وللدائن المرتهن في الفقه الإسلامي، كما في الفقه الغربي، حق التتبع وحق التقدم.

أما حق التتبع فهو هنا أقوى منه في الفقه الغربي كما رأينا ذلك في الحق العيني الأصلي.

ذلك أن الراهن لا يستطيع أن يتصرف في العين المرهونة دون إذن المرتهن فإن لم يأذن تصرف الراهن لا ينفذ. أما في الفقه الغربي فتصرف الراهن ينفذ ولكن المرتهن يحتج بحق الراهن في مواجهة من تصرف له الراهن. وإذا أقر المرتهن تصرف الراهن في العين المرهونة بالبيع، نفذ البيع وأصبح الثمن هو الرهن بدلاً من المبيع. ويحول الرهن دون نفاذ إجارة المالك الراهن، فإن أقرها سقط الرهن.

وأما حق التقدم فيكون عند استيفاء المرتهن الدين من العين المرهونة، فتباع العين ويتقدم الدائن في استيفاء حقه من ثمنها على الدائنين العاديين الذين لا رهن لهم على العين.

وحق الدائن يتعلق بمالية العين لا بذاتها. ولذلك إذا هلكت العين المرهونة في يد المرتهن دون تعمد أو تعد. هلكت عليه بالأقل من قيمتها وقت القبض ومن الدين، وما زاد من قيمتها على الدين هو أمانة في يد المرتهن لا ضمان فيه.

حق الحبس:

وهو أيضاً حق عيني تبعي، يتركز في مال ضماناً للدين. وقد ينشأ حق الحبس من العقد. فللبائع أن يحتج بحقه في حبس المبيع لعدم دفع الثمن في مواجهة جميع الدائنين. وللمستأجر حق حبس المأجور إذا انفسخت الإجارة حتى يسترد ما عجله من الأجرة. وللمودع عنده حق حبس العين المودعة حتى يستوفى ما أنفقه في حفظها بإذن القاضي. وللأجير المشترك الذي لعمله أثر في العين أن يحبس العين عن المستأجر حتى يؤدي إليه الأجرة. وللوكيل بالشراء أن يحبس المال الذي اشتراه عن الموكل حتى يدفع إليه الثمن.

وقد ينشأ حق الحبس بحكم الشرع من غير عقد، فلمن يأتي بالعبد الآبق أن يحبسه حتى يستوفي من المالك ما يستحق. وللملتقط أن يحبس اللقطة عن مالكها حتى يستوفي ما أذن فيه القاضي من الإنفاق عليها ليرجع به. وللغاصب حبس المغصوب الذي زاد فيه زيادة متصلة من ماله حتى يدفع له المالك قيمة الزيادة.

مقارنة بالفقه الغربي:

ونرى مما تقدم أن الفقه الإسلامي يعرف أكثر الحقوق العينية التبعية التي يعرفها الفقه الغربي. فحق الرهن يقابل رهن الحيازة، وحق الحبس يقابل كلا من حق الحبس وحق الامتياز، ولم يبق إلاّ الرهن الرسمي وحق الاختصاص، فهذان لا يعرفهما الفقه الإسلامي. أما حق الاختصاص فالقوانين الغربية الحديثة تميل إلى حذفه. وأما حق الرهن الرسمي فهو تطور لرهن الحيازة كان الفقه الإسلامي في طريقه إليه.

حق شخصي ينقلب إلى حق عيني:

ولكن الفقه الإسلامي يعرف نوعاً من الحق العيني كان في الأصل حقاً شخصياً ثم انقلب حقاً عينياً. ويتحقق ذلك في حالات الحجر والمرض والموت. ذلك أن المدين إذا حجر عليه أو مرض مرض الموت أو مات، وكان له مال، تعلقت ديونه بهذا المال. وانقلبت هذه الديون من

حقوق شخصية إلى حقوق عينية، إذ تكسب جميع خصائص الحق العيني وبخاصة خصائص حق الرهن. فهي تتركز في أموال المدين، وتتعلق بماليتها لا بذوات أعيانها، وللدائنين حق تتبع هذه الأموال في أي يد انتقلت، ويتقدمون في استيفاء حقوقهم منها على جميع من لهم حق فيها، الموصى لهم والورثة، ولا يتقدم عليهم إلا من كان له حق رهن أو حق حبس على عين معينة بالذات وبالنسبة إلى هذه العين دون غيرها.

ويتبين من ذلك أن أموال المدين المحجور أو المريض مرض الموت أو الميت يتعلق بها حقان، حق الغرماء ومحله ماليتها، وحق المدين أو ورثته ومحله ذوات الأعيان. والحق الأول هو حق عيني تبعي شبيه بحق الرهن، والحق الآخر حق عيني أصلي هو حق الملك وقد بقي للمدين وإذا كان حياً أو انتقل إلى ورثته إذا كان قد مات(١).

---

(١) وللأستاذ علي الخفيف بحث قيم في هذا الموضوع نشره في **«مجلة القانون والاقتصاد»** (سنة ١٢ ص ١٥٣ وما بعدها) ننقل منه ما يأتي:

«إذا لزم الدين: شخصاً بسبب من الأسباب حل في ذمته فشغلت به.. فإذا ما حجر على المدين بسبب دينه أو أصابه مرض الموت تعلق الدين بجميع ما يملك حال الحجر أو حال المرض، كما يتعلق بما يرهنه به من أمواله، عندئذٍ يتقيد تصرفه فيه بألا يمس حقوق دائنيه كما يتقيد تصرفه في الأعيان المرهونة بإجازة المرتهن لها. هذا ما ذهب إليه الجمهرة من فقهاء المسلمين، وخالفهم في ذلك كثير من فقهاء المالكية فجعلوا للغرماء حق الاعتراض على تصرف المدين وإبطاله إذا ما كان ضاراً بحقوقهم، كأن يتبرع وهو صحيح بشيء من ماله والدين محيط به ولو لم يسبقه حجر (ملاحظة: قارن في هذا الصدد الدعوة البوليصية في الفقه الغربي...) فالحنفية يذهبون إلى أن تعلق الديون بأموال المدين يبدأ من أول وقت يعتريه فيه مرض الموت... وإنما ابتدأ التعلق من ذلك الوقت محافظة على حقوق الدائنين... فكان من ذلك أن تعلقت بالحقوق الواجبة بمال المريض كما تتعلق بتركة المتوفي إذا مات. إلا أن التعلق بسبب المرض كان أضعف شأناً منه بسبب الوفاة، فلم يفرض على المريض بسببه إلاّ ضرب من الحجر يحول بينه وبين أن يتصرف في أمواله تصرفاً يضر بدائنيه، ولن يظهر هذا الأثر إلاّ بعد أن يتحقق من أن المرض مرض موت، وذلك لا يكون إلاّ إذا اتصل الموت به فعلاً بخلاف التعلق الناشيء عن الموت فإنه تعلق استيفاء وسداد.. ومما ذكر يتبين لنا أن تعلق الديون بأموال المريض لا يمنعها من أن تكون شاغلة لذمته وقت مرضه ولا يحول دون استمرار ملكيته لأمواله إلى وقت وفاته، بل تبقى ذمته مشغولة بديونه، فإذا جاء الموت خربت وضعفت أن تتحملها لولا وجود ما يقويها كمال يتركه، فعند ذلك تبقى ذمته قوية بذلك المال ويستمر ثبوت الدين فيها، ولكنها تكون متعلقة بذلك المال، مستحقة الوفاء منه، واجبة الأداء في الحال كأن ذلك المال قد حل محل الذمة أو صار عوضاً عنها فيستوفى منه كما يستوفى الدين من الرهن عند حلول أجله».

انظر أيضاً بحثاً قيماً في الموضوع ذاته للأستاذ محمد أبو زهرة في كتابه **«أحكام التركات والمواريث»** (٧ - ٤٦).

هذا وقد قرن الأستاذ مصطفى الزرقا في **«الفقه الإسلامي في ثوبه الجديد»** (٢/ ٣٤) حق الشخص في أن يتملك - وهو الحق الذي سبقت الإشارة إليه وقلنا إنه منزلة وسطى بين الرخصة والحق بحق الدائنين في تركة المتوفي المستغرقة بالدين، وسمى هذه الحقوق جميعاً «بالحقوق شبه العينية» على فرق ما بينها، وعلى ما في التعبير «بالحق شبه العيني» من تصوير تعوزه الدقة.

تدرج الحقوق في الفقه الإسلامي من حيث تعلقها بالعين أو بالذمة:

ونستطيع أن نستخلص مما تقدم أن الحقوق، في الفقه الإسلامي، من حيث تعلقها بالعين أو بالذمة، تتدرج مراتب خمساً:

المرتبة الأولى: حق يتعلق بذات العين، وهو الحق العيني الأصلي كحق الملك وحق الارتفاق.

المرتبة الثانية: حق يتعلق بذات العين دون أن يكون حقاً عينياً أصلياً، وهذا هو الالتزام بالعين.

المرتبة الثالثة: حق يتعلق بمالية العين دون ذاتيتها، وهو الحق العيني التبعي من حق رهن وحق حبس.

المرتبة الرابعة: حق يتعلق بمالية أموال المدين لا بذوات أعيانها ويتعلق في الوقت ذاته بالذمة وهو حق الدائنين على أموال مدينهم الميت أو المريض مرض الموت أو المحجور، ويتأخر هذا الحق عن رهن أو حبس على عين من أموال المدين معينة بالذات وبالنسبة إلى هذه العين دون غيرها كما سبق القول.

المرتبة الخامسة: حق يتعلق بالذمة دون العين وهو الدين يتعلق بذمة المدين حال حياته إذا كان في صحته ولم يكن محجوراً.

٢ ـ حصر مصادر الحق في الفقه الإسلامي

سبق أن ذكرنا أن مصدر الحق هو السبب الشرعي الذي أنشأه.

ولما كان الحق الشخصي أو الالتزام أقل بروزاً في الفقه الإسلامي من الحق العيني للأسباب التي قدمناها، فإن مصادر الالتزام، أي الأسباب الشرعية المنشئة له، لم تجمع ولم تحصر على الوجه الذي نراه في أسباب الملك أي في مصادر الحق العيني لذلك نتبع خطتين مختلفتين في استقصاء مصادر الحق الشخصي ومصادر الحق العيني.

أما في استقصاء مصادر الحق الشخصي فنستعرض هذه المصادر في الفقه الغربي لنرى إذا كان يوجد ما يقابلها في الفقه الإسلامي.

وأما في استقصاء مصادر الحق العيني فنستعرض أسباب الملك وأسباب الحقوق المجردة أي حقوق الارتفاق، ونضيف إليها أسباب حق الرهن وحقوق الحبس، ونقابل ما بين ذلك وبين مصادر الحقوق العينية في الفقه الغربي.

فإذا ما استقصينا على هذا النحو مصادر الحق، شخصياً كان أو عينياً، نظرنا في رد هذه المصادر إلى أصولها الأولية.

أولاً: مصادر الحق الشخصي أو الالتزام

نتعقب في الفقه الإسلامي، كما قدمنا، مصادر الالتزام المعروفة في الفقه الغربي، وهي العقد والإرادة المنفردة والعمل غير المشروع والإثراء بلا سبب والقانون.

أ ـ العقد

استخلاص نظرية عامة للعقد في الفقه الإسلامي:

للعقد أظهر موضع من كتب الفقه الإسلامي ويستغرق من بحوثه حيزاً كبيراً. وظاهر أنه أهم مصدر لإنشاء الالتزام، سواء كان التزاماً بدين أو بعين أو بعمل أو بتوثيق.

وقد عرفه صاحب «**مرشد الحيران**» في المادة ٢٦٢ بأنه عبارة عن ارتباط الإيجاب الصادر من أحد العاقدين بقبول الآخر على وجه يظهر أثره في المعقود عليه. ثم ذكر أنه يترتب على العقد التزام كل واحد من العاقدين بما وجب به للآخر. ومن ثم يظهر بوضوح أن العقد مصدر للالتزام في الفقه الإسلامي.

ولم يحاول فقهاء المسلمين وضع نظرية عامة للعقد، بل تناولوا العقود المسماة عقداً، وبحثوا كل عقد في أركانه وفي أحكامه. فبحثوا البيع والهبة والإجارة بأنواعها والمزارعة والمساقاة والشركة والعارية والقرض والوديعة والكفالة والحوالة والرهن والصلح. ومن الأحكام التي قرروها في هذا الصدد يستظهر الباحث القواعد المشتركة بين هذه العقود جميعاً، فيستخلص منها نظرية عامة للعقد. وهذا ما فعله فقهاء الشريعة الإسلامية المعاصرون في مؤلفاتهم الحديثة. وهذا ما سنحاوله في بحثنا هذا عند الكلام في التصرف القانوني، ونسير فيه على غرار نظريات الفقه الغربي لتيسير المقارنة بين هذا الفقه والفقه الإسلامي كما تقدم القول.

تقدم الفقه الإسلامي من حيث رضائية العقد:

وفي مناسبة رضائية العقد في الفقه الإسلامي كتبنا في مؤلفنا «**نظرية العقد**»[1] ما يأتي:

والذي يلفت النظر في أحكام العقد قاعدة أساسية قررها الفقهاء تقضي بأن الإيجاب والقبول وحدهما كافيان في تكوين العقد ووجه الغرابة في ذلك أن هذه القاعدة على بساطتها وكونها من بديهيات القانون الحديث، لم يصل القانون الروماني على عراقته إلى تقريرها كقاعدة عامة حتى في آخر مراحل تطوره. ولعل السر في وصول فقهاء الشريعة الإسلامية إلى هذه القاعدة ما كان للدين من الأثر البليغ في تقرير قواعد الفقه أصولاً وفروعاً. ويكفي لترجيح هذا الرأي أن نذكر أن العقد في أوروبا لم يصبح رضائياً إلاّ تحت تأثير عوامل مختلفة من أهمها الدين المسيحي وقوانين الكنيسة، وهي تحض على وجوب الوفاء بالعهد، فصار تقيد الإنسان بكلمته متفقاً مع آداب الدين. ثم انتقل ذلك من الدائرة الدينية إلى الدائرة القانونية. وقد تم ما يعدل هذا في الشريعة الإسلامية،

---

(١) «**نظرية العقد**» (٦٣).

فإن مشروعية العقد تستند عادة إلى القرآن والحديث قال الله تعالى: «يأيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود» «وأوفوا بالعهد إن العهد كان مسؤولاً» «وأوفوا بعهد الله إذا عاهدتم، ولا تنقضوا الأيمان بعد توكيدها، وقد جعلتم الله عليكم كفيلاً»، وقال النبي ﷺ: «لا أمان لمن لا أمانة له، ولا دين لمن لا عهد له».

ب - الإرادة المنفردة

اتساع ميدان الإرادة المنفردة في الفقه الإسلامي:

للإرادة المنفردة في الفقه الإسلامي ميدان فسيح نراها فيه تنتج آثاراً قانونية متنوعة. فهناك أولاً تصرفات هي عقود في الفقه الغربي وتتم في الفقه الإسلامي بإرادة منفردة[١]. وهناك ثانياً تصرفات تتم بإرادة منفردة في كل من الفقه الإسلامي والفقه الغربي. وهناك أخيراً آثار قانونية كثيرة غير إنشاء الالتزام تحدثها الإرادة المنفردة شأنها في ذلك شأن الفقه الغربي.

فالإرادة المنفردة من حيث إنشاء الالتزام ومن حيث إنتاج الآثار القانونية المختلفة لا تقل في الفقه الإسلامي عنها في الفقه الغربي. بل هي في الفقه الإسلامي تزيد، فقد قدمنا أن هناك تصرفات لا تتم إلاّ بتقابل إرادتين في القوانين الغربية، وتتم في الفقه الإسلامي بإرادة منفردة. وفوق ذلك فإن مذهب مالك - وقد بلغ في هذا مبلغ الفقه الحرماني - قد جعل من الإرادة المنفردة مصدراً عامّاً للالتزام.

وها نحن نستعرض الأحوال الثلاث التي تولد فيها الإرادة المنفردة آثاراً قانونية.

تصرفات هي عقود في الفقه الغربي وتتم في الفقه الإسلامي بإرادة منفردة:

والمتأمل في الفقه الإسلامي يستطيع أن يميز في هذا الصدد بين طوائف ثلاث من العقود أو التصرفات: الطائفة الأولى ويدخل فيها البيع والإيجار، والطائفة الثانية ويدخل فيها الكفالة والقرض، والطائفة الثالثة ويدخل فيها الهبة والعارية.

أما البيع والإيجار فلا مشاحة في أن الركن في كليهما هو الإيجاب والقبول.

وأما الكفالة والقرض فيبدأ في أمرهما الشك، هل الركن هو الإيجاب والقبول أم هو الإيجاب فحسب وقد ورد في الكفالة أن ركنها الإيجاب من الكفيل، أما القبول من الطالب (الدائن) فليس بركن في أحد قولين لكل من أبي يوسف والشافعي. وعند الإمام ومحمد وقول لأبي يوسف

---

(١) قارن ما جاء في «**الملكية ونظرية العقد**» للأستاذ محمد أبو زهرة (١٩٠) «ومن هذا كله يتبين أن الإرادة المنفردة لها مكانها في الالتزامات الشرعية، ولكن في التصرفات التي لا تنعقد بإيجاب وقبول. أما ما ينعقد بالإيجاب والقبول فالإرادة المنفردة ليس هي مناط الالتزام فيه». ويبدو أن اللبس في هذا القول يرجع إلى تصور أن تكون الإرادة المنفردة هي مناط الالتزام فيما ينعقد بالإيجاب والقبول، ومهما يكن من أمر ذلك في الفقه الإسلامي، فظاهر على كل حال أن منطقة الإرادة المنفردة غير منطقة العقد، ولا يمكن أن يكون للإرادة المنفردة مكان غير المنطقة الأولى.

وقول للشافعي قبول الطالب ركن في الكفالة. وجه القول الأول أن الكفالة ضم لغة، والتزام المطالبة بما على الأصيل شرعاً، وليست بتمليك، ومعنى الضم والالتزام يتم بإيجاب الكفيل فأشبه النذر. ووحه القول الثاني أن الكفالة ليست بالتزام محض بل فيها معنى التمليك، والتمليك لا يتم إلاّ بالإيجاب والقبول كالبيع. وورد في القرض أن ركنه عند أبي يوسف في إحدى روايتيه الإيجاب من القرض، أما القبول من المقترض فليس بركن. والقبول ركن في القرض عند محمد في إحدى الروايتين عن أبي يوسف.

بقيت الهبة والعارية وفيها يتغلغل الشك أكثر مما رأينا في الطائفة الثانية من العقود، ويرجح القول بأن الركن هو الإيجاب فحسب. فالهبة ركنها الإيجاب من الواهب. أما القبول من الموهوب فليس بركن استحساناً، وهذا هو قول الإمام وصاحبيه، والقياس أن يكون القبول ركناً، وهو قول زفر. وجه الاستحسان، على ما يقول الكاساني[1]، أن الهبة في اللغة عبارة عن مجرد إيجاب الملك من غير شريطة القبول وإنما القبول والقبض لثبوت حكمها لا لوجودها في نفسها، فإذا أوجب فقد أتى بالهبة فترتب عليها الأحكام، ولأن المقصود من الهبة هو اكتساب المدح والثناء بإظهار الجود والسخاء وهذا يحصل بدون القبول. وثمرة الخلاف بين القولين تظهر فيمن حلف لا يهب هذا الشيء لفلان فوهب منه فلم يقبل، أنه يحنث استحساناً وعند زفر لا يحنث[2]، وركن

---

(١) «البدائع» (٦/ ١١٥).

(٢) وقد جاء في تكملة «فتح القدير» لقاضي زادة (٧/ ١١٤- ١١٥) ما يأتي: «قال صاحب «النهاية» أي تصح بالإيجاب وحده في حق الواهب وبالإيجاب والقبول في حق الموهوب له، لأن الهبة عقد تبرع فيتم بالمتبرع، فصار هو عندنا بمنزلة الإقرار والوصية، ولكن لا يملكه الموهوب له إلاّ بالقبول والقبض. وثمرة ذلك تظهر فيما ذكرنا في مسائل متفرقة من كتاب الأيمان في قوله ومن حلف أن يهب عبده لفلان فوهب ولم يقبل، فقد بر في يمينه بخلاف البيع... واعلم أن صاحب الكافي وصاحب الكفاية سلكا ههنا مسلكاً آخر، فقالا وركنها الإيجاب والقبول لأنها عقد، وقيام العقد بالإيجاب والقبول، لأن ملك الإنسان لا ينتقل إلى الغير بدون تمليكه، وإلزام الملك على الغير لا يكون بدون قبوله، وإنما يحنث لو حلف ألا يهب فوهب ولم يقبل، لأنه إنما يمنع نفسه عما هو مقدور له وهو الإيجاب لا القبول لأنه فعل الغير، انتهى كلامهما. أقول هذا التقرير. يرد عليه أن التعليل المذكور للحنث فيما لو حلف ألا يهب فوهب ولم يقبل يقتضي أن يحنث فيما لو حلف ألا يبيع فباع ولم يقبل، لأن المقدور له في كل عقد هو الإيجاب لا القبول، مع أنه لا يحنث في صورة البيع كما صرحوا به. والحاصل أن كلمات القوم في هذا المقام لا تخلو عن الاضطراب. وعن هذا قال صاحب «غاية البيان»: وأما ركنها فقد اختلف المشايخ فيه. قال شيخ الإسلام جواهر زاده في «مبسوطه» هو مجرد إيجاب الواهب وهو قوله وهبت» ولم يجعل قبوله الموهوب له ركناً لأن العقد ينعقد بمجرد إيجاب الواهب، ولهذا قال علماؤنا إذا حلف لا يهب فوهب ولم يقبل يحنث في يمينه عندنا، وقال صاحب «التحفة» ركنها الإيجاب والقبول، ووجهه أن الهبة عقد والعقد هو الإيجاب والقبول، إلى هذا انتهى كلامه. وقال صاحب «البدائع»: أما ركن الهبة فهو الإيجاب من الواهب، فأما القبول من الموهوب له فليس بركن استحساناً، والقياس أن يكون ركناً وهو قول زفر، وفي قول قال القبض أيضاً ركن. وفائدة هذا الاختلاف تظهر فيمن حلف لا يهب هذا الشيء لفلان فوهب له فلم يقبل، إنه يحنث استحساناً، وعند زفر لا يحنث ما

العارية الإيجاب من المعير. أما القبول من المستعير فليس بركن عند الإمام وصاحبيه استحساناً. والقياس أن يكون ركناً، وهو قول زفر، كما في الهبة، حتى إن من حلف لا يعير فلاناً فأعاره ولم يقبل يحنث عند الإمام وصاحبيه، ولا يحنث عند زفر.

ونحن نرى أن الأمر في هذه الطوائف الثلاث من التصرفات مرده إلى الاعتبار الآتي:

الطائفة الأولى: من التصرفات، وفيها البيع والإيجار، معاوضات ابتداء وانتهاء، فيلتزم كل من المتعاقدين، ومن ثم لا يتم العقد إلاّ بإرادة كل منهما، فيكون الركن هو الإيجاب والقبول دون خلاف.

الطائفة الثانية: من التصرفات، وفيها الكفالة والقرض، تبرعات ابتداء معاوضات انتهاء، فتسرب الشك فيما إذا كان يلزم قبول الدائن في الكفالة والمقترض في القرض مع أن التصرف بالنسبة إلى كليهما تبرع في بدايته. فغلب القول بأن هذا القبول لازم لأن التصرف معاوضة في نهايته، ومن ثم كان الراجح أن الركن هو الإيجاب والقبول[١].

الطائفة الثالثة: من التصرفات، وفيها الهبة والعارية، تبرعات ابتداء وانتهاء، فتغلغل الشك فيما إذا كان يلزم قبول الموهوب له في الهبة والمستعير في العارية مع أن التصرف بالنسبة إلى كليهما تبرع في بدايته وفي نهايته، فغلب القول بأن هذا القبول غير لازم، ومن ثم كان الراجح أن الركن هو الإيجاب فحسب[٢]. ونستطيع أن نستخلص من هذا التحليل أن التصرف في الفقه الإسلامي يتم بإيجاب وقبول إذا كان من شأنه أن يرتب التزاماً في جانب كل من الطرفين ولو انتهاء، أما التصرف الذي يرتب التزاماً في جانب أحد الطرفين دون الآخر فيتم بإيجاب الطرف الملتزم وحده. فكأن الالتزام يكفي في إنشائه إرادة الملتزم وحدها، وكأن العقد نفسه، وهو إيجاب وقبول، يقول التزام كل طرف فيه على إرادته دون اعتبار لإرادة الطرف الآخر، فإذا صح هذا النظر، أمكن القول في الفقه الإسلامي إن الأصل في التصرفات هي الإرادة المنفردة لا العقد.

تصرفات تتم بإرادة منفردة:

وهذه هي: ١ ـ الالتزام. ٢ ـ والوعد. ٣ ـ والنذر.

لم يقبل. وفي قول ما لم يقبل ويقبض، وأجمعوا على أنه إذا حلف لا يبيع هذا الشيء لفلان فباعه فلم يقبل أنه لا يحنث».

(١) وكالكفالة والقرض عقد الرهن. فسنرى أن فيه خلافاً، هل ينعقد بالإيجاب والقبول أم ينعقد بالإيجاب من الرهن وحده. وسنرى أيضاً أن الراجح هو أنه ينعقد بالإيجاب والقبول، ذلك لأنه تبرع ابتداء فهو معاوضة انتهاء.

(٢) وهذا خير من التعليل الذي نقلناه عن صاحب «البدائع». فإن الذي يتبرع لآخر تبرعاً محضاً يكفي في ذلك إيجابه، أما قبول الآخر لتبرع لمحض مصلحته فغير مطلوب، وإنما يرتد التعرف بالرد كما في الإبراء، وهذا هو عين ما وقع عندما صاغ واضعوا قانون نابليون عقد الهبة، فعرفوا الهبة في «البداية» بأنها (contrat)، فأبى نابليون، مطاوعاً في ذلك البداهة، إلاّ أن تكون تصرفاً (acte). وعلى هذا الوجه الأخير ورد تعريفها في القانون المدني الفرنسي.

فالالتزام يطلق في الفقه الإسلامي على الصورة العامة للالتزام بالإرادة المنفردة، فيقال المطلوبات المترتبة على الالتزام أي الالتزامات الناشئة عن الإرادة المنفردة. فإذا التزم شخص بمال يعطيه لشخص آخر دون أن يتعاقد معه، فهل يتقيد الملتزم بإرادته المنفردة هذه أن يعطي المال الذي التزم بإعطائه؟ ذهب الحنفية والشافعية والحنابلة أن هذا من قبيل التبرع والتبرع غير ملزم عندهم. أما عند مالك فهو ملزم ما لم يمت الملتزم أو يفلس، ذلك أن الموت والإفلاس يسقطان هذا الالتزام، فلا يجب شيء للملتزم له، لا في التركة ولا في التفليسة.

ويميز الفقهاء بين الالتزام والوعد. فالالتزام هو ما تقدم. أما الوعد فهو ما يفرضه الشخص على نفسه لغيره بالإضافة إلى المستقبل لا على سبيل الالتزام في الحال. وقد يقع الوعد على عقد أو عمل، كأن يعد شخص آخر ببيعه أرضاً أو ببنائه داراً. وجمهور الفقهاء على أن الوعد ملزم ديانة لا قضاء. ولكن المالكية اختلفوا فيه على أربعة أقوال:

أولها: أنه ملزم في جميع الأحوال ما لم يمت الواعد أو يفلس.

والثاني: أنه غير ملزم ولا يقضي به في أية حال.

الثالث: أنه ملزم إن كان على سبب ودخل الموعود في السبب أو لم يدخل.

والرابع: أنه ملزم إن كان على سبب ودخل الموعود من أجل الوعد في السبب.

ونأتي بمثال يوضح القولين الأخيرين: يعد شخص آخر بمبلغ من المال ليعينه على الزواج، فهذا الوعد ملزم للواعد، تزوج الموعود أو لم يتزوج على القول الثالث، وهو ملزم للواعد بشرط أن يكون الموعود قد تزوج على القول الرابع.

وإلى جانب الالتزام والوعد يوجد النذر، هو التزام فيه قربة لله تعالى بصيغة تدل على ذلك. وحكمه عند الحنفية وجوب الوفاء به، ولكنه يسقط بموت الناذر، وحكمه عند المالكية والشافعية وجوب الوفاء به إذا علق على مرغوب فيه، والتخيير بين الوفاء والكفارة إذا علق على مرغوب عنه[1].

---

(١) أما الجعالة فلا تقوم على الإرادة المنفردة «والجعالة أو الجعل تكون في العبد الآبق يرده الآخذ على صاحبه، فيستحق جعلاً دون شرط عند الحنفية، وعند الشافعي لا يثبت الجعل إلاّ بالشرط وأما بيان قدر الجعل فينظر: إن رد العبد من مسيرة ثلاثة أيام فصاعداً فله أربعون درهماً، وإن رده دون ثلاث فبحسابه، وإن رده من أقصى المصر رضخ له على قدر عنائه وتعبه، لأن الواجب بمقابلة العمل فيتقدر بقدره.. هذا إذا كانت قيمة العبد أكثر من الجعل، فإن كانت مثل الجعل أو أنقص منه ينقص من قيمته درهم عند أبي حنيفة ومحمد، وقال أبو يوسف له الجعل تاماً». (**«البدائع»** ٦/ ٢٩٣ ـ ٢٠٦).

ويتبين مما نقلنا عن **«البدائع»** أن الالتزام هنا لا يقوم على الإرادة المنفردة. فالجعل عند الحنفية واجب دون شرط، وعند الشافعي لا يجب إلاّ بالشرط أي بالعقد لا بالإرادة المنفردة. ثم إن الجعل مقدر شرعاً لا بالاتفاق، وهو عند الحنفية أقرب إلى أن يكون قائماً على قاعدة الإثراء بلا سبب ولا يقوم على الإرادة.

وكالجعالة نفقة الضالة، فمن وجدها وأنفق عليها بأمر القاضي يكون ديناً على مالكها، وإن أنفق بغير إذن القاضي يكون متطوعاً، فينبغي أن يرفع الأمر إلى القاضي ينظر في ذلك، فإن كانت بهيمة يحتمل الانتفاع بها بطريق الإجارة أمره بأن يؤاجرها وينفق عليها من أجرتها نظراً للمالك. وإن كانت مما لا يحتمل الانتفاع بها

الإرادة المنفردة تحدث آثاراً أخرى غير إنشاء الالتزام:

وفي الفقه الإسلامي، كما في الفقه الغربي، قد تحدث الإرادة المنفردة آثاراً أخرى غير إنشاء الالتزام. فتارة تكون سبباً لكسب الملكية كالوصية. وتارة تكون إسقاطاً كالإبراء والوقف. ونذكر إلى جانب ذلك إجازة العقد، وإقراره من الغير. واستعمال خيار من الخيارات المعروفة، وعزل الوكيل، وإجازة الوصية، كل هذا وغيرها إرادات منفردة تحدث آثاراً قانونية مختلفة، كل إرادة بحسب ما تقصد إليه.

حـ - العمل غير المشروع

لا توجد قاعدة عامة:

في العمل غير المشروع، كما في العقد وكما في الإرادة المنفردة، لا توجد قاعدة عامة في الفقه الإسلامي تجعله مصدراً للالتزام بوجه عام. ولكن هنا كهناك تغني التطبيقات عن القاعدة.

حق الله وحق العبد:

والأصل أن الحق نوعان: حق الله وحق العبد.

فحق الله ما يتعلق به النفع من غير اختصاص بأحد، فينسب إلى الله تعالى لعظم خطره وشمول نفعه. وحقوق الله ثمانية: عبادات خالصة كالإيمان، وعقوبات خالصة كالحدود، وعقوبات قاصرة كالحرمان من الميراث، وحقوق دائرة بين الأمرين كالكفارات، وعبادات فيها معنى المؤونة كصدقة الفطر، ومؤونة فيها معنى العبادة كالعشر، ومؤونة فيها شبهة العقوبة كالخراج، وحق قائم بنفسه كخمس الغنائم[1]. ويتبين من ذلك أن منطقة حقوق الله منطقة واسعة، يتلاقى فيها الدين مع القانون العام[2]، ثم القانون الجنائي مع القانون المالي.

بطريق الإجارة وخشي أن لو أنفق عليها أن تستغرق النفقة قيمتها أمره ببيعها وحفظ ثمنها (يقوم) مقامها (كما في حكم الهلاك. وإن رأى الأصلح ألا يبيعها بل ينفق عليها، وأمره بأن ينفق عليها لكن نفقة لا تزيد على قيمتها، ويكون ذلك ديناً على صاحبها حتى إذا حضر يأخذ منه النفقة. وله أن يحبس اللفظة بالنفقة كما يحبس المبيع بالثمن. وإن أبى أن يؤدي النفقة باعها القاضي ودفع إليه قدر ما أنفق» («البدائع» ٦/ ٢٠٣).

ومن كل هذا يتبين أن نفقة الضالة كالجعالة، إنما تقوم على مبدأ الإثراء بلا سبب، ولا دخل فيها للإرادة، فليس في الجعالة ولا في نفقة الضالة ما يقابل الوعد بجائزة في الفقه الغربي وهو الوعد الذي يقوم على الإرادة المنفردة.

(١) «التلويح والتوضيح» (٧٠٥).

(٢) والقانون العام في الفقه الإسلامي أقل تطوراً من القانون الخاص، فهو لا يزال في مراحله الأولى لم يقطع شوطاً كافياً في ميدان التقدم. ويبدو أن السبب في وقوف القانون العام عن التطور يرجع إلى قيام حكومات مستبدة متعاقبة في الإسلام، كانت مهمتها إخماد أي حركة فقهية تقيم أصول الحكم على أسس من الحرية السياسية والحقوق العامة الديمقراطية. أما القانون الخاص في الفقه الإسلامي، فقد تقدم تقدماً كبيراً، لأن الحكومة المستبدة لم يكن يضيرها تقدمه.

وحق العبد ما تتعلق به مصلحة خاصة كالدية والضمان. فحق العبد إذن يدخل في منطقة القانون الخاص.

وهناك ما يجتمع فيه الحقان وحق الله غالب كحد القذف ويلحق بحقوق الله، وما يجتمع فيه الحقان وحق العبد غالب كالقصاص ويلحق بحقوق العبد[١].

جزاء حق الله:

وجزاء حق الله عقوبة عامة، وهي الحد والتعزير في حقوق الله والكفارة والحرمان من الميراث.

فالحد هو عقوبة مقررة حددها الشارع. والحدود خمسة: قطع اليد في السرقة، والرجم أو الجلد مائة في الزنا، والجلد ثمانين في الشرب (من شراب معين ولو لم يسكر)، والجلد ثمانين في السكر (من أي شراب بشرط أن يسكر)، والجلد ثمانين في القذف، يضاف إلى هذه الحدود حد قاطع الطريق، وهو قطع يده ورجله من خلاف إن أخذ المال ولم يقتل، والقتل إن قتل ولم يأخذ المال، والقتل والصلب بعد قطع اليد والرجل أو دون قطع إن أخذ المال وقتل، والنفي إن أخاف دون أن يأخذ مالاً أو يقتل نفساً.

والتعزير في حقوق الله يكون في جناية في حق الله ليس لها حد مقرر قي الشرع. ويجب إما بجناية ليس في جنسها ما يوجب الحد، وإما بجناية في جنسها الحد لكنه لم يجب لفقد شرطه. ويقع بالحبس أو الضرب أو الكهر والاستخفاف بالكلام. ونرى من ذلك أن الجنايات في حق الله، في غير الحدود المقررة، متروك تقديرها للقاضي من حيث تحديد الفعل ومن حيث تقدير العقوبة[٢].

والكفارة عقوبة دائرة بين الخالصة والقاصرة، وتجب في القتل الخطأ.

والحرمان من الميراث عقوبة قاصرة. ويمكن مع القوانين الحديثة القول بأن الحرمان من الميراث عقوبة تبعية توقع، إلى جانب العقوبة الأصلية، على القاتل إن كان يرث من المقتول.

والعقوبة العامة، أيّاً كانت، تتميز بالخصائص الآتية:

١ - لا يجوز فيها العفو أو الإبراء أو الصلح.

٢ - ويفوض استيفاؤها للإمام.

٣ - ويجزي فيها التداخل، أي لا يقام على الجاني إلاّ حد واحد ولو تكررت الجناية.

---

(١) «التلويح والتوضيح» (٧١٣).

(٢) وهذا يدل على أن القانون الجنائي في الفقه الإسلامي لم يتقدم في أصوله وأحكامه تقدم القانون المدني. بل بقي باب التعزير واسعاً يدخل منه التشريع والقضاء والفقه لتقرير المبادىء الحديثة في القانون الجنائي، فإن الفقه الإسلامي في الحالة التي هو عليها لم يعرض هذه المبادىء بإثبات أو بنفي، فهو لا يقررها ولا يعارضها.

٤ ـ وتتنصف بالرق، فالعبد، يقام عليه نصف الحد الذي يقام على الحر، ويجلد أربعين جلدة لا ثمانين في الزنا والشرب والسكر والقذف.

٥ ـ ولا يجري فيها الإرث، فلا تنتقل إلى ورثة الجاني يعاقبون مكانه بعد موته، ولا إلى ورثة المجنى عليه يطالبون باستيفائها بعد موت مورثهم، إذ أن استيفاءها مفوض للإمام لا للمجنى عليه ولا لورثته كما سبق القول، وغنى عن البيان أن هذه الخصائص هي خصائص العقوبة الجنائية في الفقه الجنائي الحديث فالعقوبات العامة التي تقدم ذكرها هي إذن العقوبات الجنائية في الفقه الإسلامي.

جزاء حق العبد:

وجزاء حق العبد إما عقوبة خاصة أو ضمان أو جزاء يدور بين العقوبة والضمان.

العقوبة الخاصة:

والعقوبة الخاصة هي:

أولاً: التعزير في حقوق العبد. وهو كالتعزير في حقوق الله من حيث وجوبه في جناية ليس لها حد مقرر في الشرع، ومن حيث قدره من ضرب وحبس وكهر مع استخفاف بالكلام. ولكن الجناية التي يعزر فيها هنا تكون جناية من حقوق العبد، ولذلك كان التعزير عليها عقوبة خاصة.

ثانياً: القصاص. ويجب فيما تمكن فيه المماثلة بين المحلين، وقد جاء في القرآن الكريم: **﴿وكتبنا عليهم فيها أن النفس بالنفس، والعين بالعين والأنف بالأنف والأذن بالأذن والسّن بالسّن والجروح قصاص﴾**. فهو يجب إذن:

١ ـ في القتل العمد، والقصاص هنا إما من حق الميت والورثة خصوم في استيفاء حقه كما في المال، وإما حق الورثة ابتداء وإلى ذلك ذهب أبو حنيفة. ويسقط القصاص بالعفو من المقتول قبل موته أو من أحد أولياء الدم أو بالصلح على الدية.

٢ ـ في الجناية عمداً على ما دون النفس إذا أمكنت المماثلة بين المحلين في المنافع والفعلين فمن قطع إصبع آخر متعمداً قطع إصبعه، ومن قلع عيناً لآخر عن عمد قلعت عينه، وهكذا.

والعقوبة الخاصة، على عكس العقوبة العامة، تتميز بالخصائص الآتية:

١ ـ يجوز فيها العفو والإبراء والصلح.

٢ ـ ويفوض استيفاؤها إلى المجنى عليه أو وليه.

٣ ـ ولا يجري فيها التداخل فتتكرر العقوبة بتكرر الجناية.

٤ ـ ولا تتصف بالرق، فعقوبة العبد مثل عقوبة الحر.

٥ ـ ويجرى فيها الإرث من جهة المجني عليه، ولكن لا يجري اللإرث من جهة الجاني.

ويلاحظ هنا أن عقوبة القتل العمد، وهي القصاص، تعتبر عقوبة خاصة فيجوز فيها العفو والإبراء والصلح، بينما ترقى عقوبة القذف إلى مستوى العقوبات العامة فلا يجوز فيها شيء من

ذلك. وهذا يدل مرة أخرى على وقوف القانون الجنائي في الفقه الإسلامي عن التطور ويلاحظ أيضاً أن القانون الجنائي في الفقه الإسلامي لم ينفصل انفصالاً تاماً عن القانون المدني كما تم ذلك في الفقه الغربي. فالجرائم التي تعتبر اليوم في الفقه الغربي جرائم جنائية يعاقب عليها في الفقه الإسلامي تارة بعقوبات عامة أي بعقوبات جنائية كالحدود والتعزير في حقوق الله، وتارة بعقوبات خاصة وهي التعزير في حقوق العبد والقصاص، وتارة بجزاء يجمع بين معنى العقوبة ومعنى الضمان كالدية، وقد فصل الفقه الحديث بين المعنيين ويلاحظ أخيراً أن الجزاء في الفقه الإسلامي يتدرج من العقوبة العامة، إلى العقوبة الخاصة، إلى جزاء يدور بين العقوبة والضمان، إلى ضمان محض. وفي هذا تدرج ملحوظ من العقوبة الجنائية إلى التعويض المدني.

الجزاء الذي يدور بين العقوبة والضمان:

هذا الجزاء هو:

أولاً: الدية ـ وهي مائة من الإبل أو ألف دينار أو عشرة آلاف من الدراهم وتجب في:

١ ـ القتل غير العمد[1]. فإذا وجبت بنفس القتل الخطأ أو شبه العمد تتحملها العاقلة ـ وعاقلة

---

(١) والقتل في الفقه الإسلامي أربعة أنواع: قتل هو عمد محض ليس فيه شبهة العدم، وقتل عمد فيه شبهة العدم وهو المسمى بشبه العمد، وقتل هو خطأ محض ليس فيه شبهة العدم، وقتل هو في معنى القتل الخطأ، أما الذي هو عمد محض فهو أن يقصد القاتل بحديد له حد أو طعن كالسيف والسكين والرمح والأشفار والإبرة وما أشبه ذلك، أما ما يعمل عمل هذه الأشياء في الجرح والطعن كالنار والزجاج وليطة القصب والمروة والرمح الذي لا أسنان له ونحو ذلك. وكذلك الآلة المتخذة من النحاس، وكذلك القتل بحديد لا حد له كالعمود وصفحة الميزان وظهر الفأس والمرو ونحو ذلك عمد في ظاهر الرواية. . . وأما شبه العمد فثلاثة أنواع بعضها متفق على كونه شبه عمد وبعضها مختلف فيه. أما المتفق عليه فهو أن يقصد القتل بعصا صغيرة أو بحجر صغير أو لطمة ونحو ذلك مما لا يكون الغالب فيه الهلاك كالسوط ونحوه إذا ضرب ضربة أو ضربتين ولم يوال في الضربات. وأما المختلف فيه، فهو أن يضرب بالسوط الصغير ويوالي في الضربات إلى أن يموت، وهذا شبه عمد بلا خلاف بين أصحابنا رحمهم الله تعالى، وعند الشافعي رحمه الله هو عمد، وإن قصد قتله بما يغلب فيه الهلاك فما ليس بجارح ولا طاعن كمدقة القصارين والحجر الكبير والعصا الكبيرة ونحوها، فهو شبه عمد عند أبي حنيفة رضي الله عنه وعندهما، وعند الشافعي هو عمد. ولا يكون فيما دون النفس شبه عمد، فما كان شبه العمد في النفس فهو عمد فيما دون النفس لأن ما دون النفس لا يقصد إتلافه بآلة دون آلة عادة، فاستوت الآلات كلها في الدلالة على القصد، فكان الفعل عمداً محضاً. . . وأما القتل الخطأ. فالخطأ قد يكون في نفس الفعل، وقد يكون في ظن الفاعل. أما الأول فنحو أن يقصد صيداً فيصيب آدمياً، وإن يقصد رجلاً فيصيب غيره، فإن قصد عضواً من رجل فأصاب عضواً آخر منه فهذا عمد وليس بخطأ، وأما الثاني فنحو أن يرمي إلى إنسان على ظن أنه حربي أو مرتد فإذا هو مسلم. . . وأما القتل الذي هو في معنى الخطأ فنوعان: نوع هو في معناه من كل وجه وهو أن يكون على طريق المباشرة ونوع هو في معناه من وجه وهو أن يكون من طريق التسبب. أما الأول فنحو النائم ينقلب على إنسان فيقتله، فهذا القتل في معنى القتل الخطأ من كل وجه لوجوده لا عن قصد لأنه مات بثقله، فترتب عليه أحكامه من وجوب الكفارة والدية وحرمان الميراث والوصية، لأنه إذا كان في معناه من كل وجه كان ورود الشرع بهذه الأحكام هناك وروداً ههنا دلالة، وكذلك لو سقط إنسان من سطح على قاعد فقتله. . وأما الثاني فنحو جناية الحافر ومن في

الشخص قبيلته وهو منها ـ وإذا وجبت بغير ذلك وجبت في مال القاتل فلا تعقل العاقلة الصلح ولا الإقرار ولا العمد.

٢ ـ الجناية على ما دون النفس من غير عمد على عضو تمكن فيه المماثلة، ويتبين من ذلك أن الجناية على النفس أو على ما دونها في عضو تمكن فيه المماثلة، إذا كانت عمداً تستوجب القصاص، وإذا كان غير عمد تستوجب الدية.

ثانياً: الأرش ـ وهي جزء من الدية. فإذا تعدد العضو الذي تمكن فيه المماثلة وأصيب بعض منه، فالدية تجب بنسبة ما أصيب، وتسمى في هذه الحالة أرشاً. ومن ثم يجب نصف الدية في اليد الواحدة، وربعها في أحد أشفار العين الأربعة، والعشر في الأصبع، ونصف العشر في السن.

ثالثاً: حكومة العدل ـ وتكون في الجناية على ما لا تمكن فيه المماثلة، عمداً كان ذلك أو غير عمد. ويترك تقدير الجزاء للقاضي، وهذا هو معنى حكومة العدل. ويخلص من ذلك أن حكومة العدل في المسؤولية التقصيرية تعدل التعزير في المسؤولية الجنائية سواء كان التعزير في حقوق الله أو في حقوق العبد، وذلك من حيث السلطة التقديرية الموكولة للقاضي. ويخلص من ذلك أيضاً أن حكومة العدل، وهي أكثر مرونة من القصاص والدية والأرش، تكاد تضع مبدأ عامّاً في الفقه الإسلامي يقضي بأن العمل غير المشروع الذي يصيب الجسم فيما لا تمكن فيه المماثلة ـ ويدخل في هذا أكثر الجراح والشجاج وأكثر ضروب الأذى ـ عمداً أو غير عمد، يوجب التعويض بمقدار متروك تقديره للقاضي وهذا المبدأ الجوهري المتعلق بالعمل غير المشروع الذي يصيب الجسم يكمل مبدأ جوهرياً آخر متعلقاً بالعمل غير المشروع الذي يصيب المال، وهو الضمان وبخاصة في الإتلاف والغصب. ومجموع هذين المبدأين الجوهريين بمثل المسؤولية التقصيرية في الفقه الإسلامي، فتخلص لنا قاعدة تكاد تكون عامة، هي أن أكثر الأعمال غير المشروعة التي تصيب الجسم أو المال تستوجب التعويض، فهي إذن مصدر للالتزام.

الضمان:

وهذا هو التعويض المدني المحض. والضمان نوعان: ضمان العقد وهذه هي المسؤولية العقدية، وضمان الفعل وهذه هي المسؤولية التقصيرية في خصوص المال، وهي التي تعنينا هنا فنقف عندها. والضمان على هذا النحو، أي ضمان الفعل، لا يكون إلاّ في الجرائم التي تقع على المال. ولا توجد قاعدة عامة في الفقه الإسلامي تقضي بأن كل عمل غير مشروع يلحق ضرراً بالمال يوجب التعويض فيكون مصدر الالتزام. ولكن الفقهاء نصوا على الأحوال التي يجب فيها الضمان. ونذكر منها خمساً، وأهمها الحالتان الأخيرتان:

أولاً: بعض الجنايات التي تستوجب الحد أو تستوجب عقوبة عامة، كالسرقة وقطع الطريق. وللسرقة حكمان، أحدهما، يتعلق بالنفس وهو القطع، والآخر يتعلق بالمال وهو الضمان.

معناه ممن يحدث شيئاً في الطريق أو المسجد، وجناية السائق والقائد، وجناية الناخس، وجناية الحائط».

(«البدائع» ٧/ ٢٢٣ ـ ٢٣٤ ـ ٢٧١ ـ ٢٧٤).

والشافعي يجمع بين الجزاءين، وهذا يتفق مع الفقه الحديث يجمع بين الدعوى العمومية والدعوى المدنية. أما الحنفية فلا تجمع بين القطع والضمان لأن المضمونات عندهم تملك عند أداء الضمان أو اختياره من وقت الأخذ، فلو ضمنا السارق قيمة المسروق أو مثله لملك المسروق من وقت الأخذ، فتبين أنه قطع في ملك نفسه وهذا لا يجوز. والضمان يكون إذا هلك الشيء المسروق فيلزم السارق مثله أو قيمته، إذا بقي قائماً فيجب رده إلى صاحبه.

ولقطع الطريق كما للسرقة حكمان، أحدهما يتعلق بالنفس وهو وجوب الحد، والآخر يتعلق بالمال وهو وجوب الرد إن كان المال قائماً بعينه، ولصاحبه أن يأخذه أينما وجده، في يد المحارب أو في يد من ملكه المحارب ببيع أو هبة أو غير ذلك، وإن لم يكن المال قائماً ضمنه قاطع الطريق مثله أو قيمته.

ثانياً: الإكراه وهو حمل الغير ما يرضاه ولا يختار مباشرته. وهو إما ملجىء يعدم الرضا ويفسد الاختيار، أو غير ملجىء يعدم الرضا ولا يفسد الاختيار. وأثر الإكراه في التصرفات القانونية أنه يفسدها، ملجئاً كان أو غير ملجىء. أما التصرفات الفعلية، أي الأعمال المادية، فلا يفسدها إلاّ الإكراه الملجىء. وإذا أكره شخص آخر على الإتيان بعمل مادي ضار، فحكمه أن يضاف الحكم إلى الحامل ابتداء لا نقلاً من الفاعل إليه. فلو أكرهه على رمي صيد، فأصاب إنساناً، فالدية على عاقلة الحامل والكفارة عليه. كذلك لو أكرهه على إتلاف المال، اعتبر الحامل متلفاً بتسبب، ووجب الضمان لوجود ركن التعدي(١).

ثالثاً: التغرير ويفسد العقد إذا تسبب عنه غبن فاحش. أما فيما بين المغرر والمغرر به فإن «الغرور لا يوجب الرجوع، فلو قال اسلك هذا الطريق فإنه آمن فسلكه فأخذه اللصوص، أو كل هذا الطعام فإنه ليس بمسموم فأكله فمات، لا ضمان إلاّ في ثلاث مسائل:

الأولى: إذا كان الغرور بالشرط، كما لو زوجه امرأة على أنها حرة ثم استحقت، فإنه يرجع على المخبر بما غرمه للمستحق من قيمة الولد.

الثانية: أن يكون في ضمن عقد معاوضة، فيرجع المشتري على البائع بقيمة الولد إذا استحقت بعد الاستيلاد، ويرجع بقيمة البناء لو بنى المشترى ثم استحقت الدار بعد أن يسلم البناء له.

الثالثة: أن يكون في عقد يرجع نفعه إلى الدافع كالوديعة والإجارة، حتى لو هلكت الوديعة أو العين المستأجرة ثم استحقت وضمن المودع والمستأجر فإنهما يرجعان على الدافع بما ضمناه، وكذا من كان بمعناهما، وفي العارية والهبة لا رجوع لأن القبض كان لنفسه»(٢).

رابعاً: الغصب وهو أخذ مال متقوم محترم بلا إذن من له الإذن على وجه يزيل يده بفعل في العين. فهذه قيود ستة.

---

(١) «التلويح والتوضيح» (٧٩١ ـ ٧٩٨).

(٢) «مجمع الضمانات» (٤٥٤).

١ ـ مال. ٢ ـ متقوم. ٣ ـ محترم. ٤ ـ بلا إذن من له الإذن. ٥ ـ على وجه يزيل يده. ٦ ـ بفعل في العين.

خرج بالقيد الأول الحر والميتة لأنهما ليسا بمال. وخرج بالقيد الثاني خمر المسلم لأنه مال غير متقوم، وخرج بالقيد الثالث مال الحربي لأنه مال متقوم غير محترم. واحترز بالقيد الرابع عن الوديعة وغيرها مما يكون سبباً شرعياً في تسليم المال للغير لأن المال المتقوم المحترم أخذ بإذن صاحبه. أما القيدان الخامس والسادس فلا بد منهما على أصل الشيخين دون محمد. ففي القيد الخامس اعتبر الشيخان في الغصب إزالة اليد المحقة بإثبات اليد المبطلة. واكتفى محمد بإثبات اليد المبطلة. ويتفرع على ذلك أن زوائد المغصوب غير مضمونة عند الشيخين، لأن إثبات اليد المبطلة غير مصحوبة بإزالة اليد المحقة[١]. وفي القيد السادس أضاف الشيخان أن تكون إزالة اليد المحقة وإثبات اليد المبطلة بفعل في العين ويترتب على ذلك أن العقار لا يغضب عندهما لأن إزالة اليد المحقه وإثبات اليد المبطلة لم يكن بفعل وقع على العين بل على الشخص، حتى لو منع رجلاً من دخول داره، أو لم يمكنه من أخذ ماله، لا يكون غاصباً بذلك، وكذلك لو منع المالك عن المواشي حتى ضاعت لا يضمن، ولو نقلها من موضعها غاصباً. ولو جلس على البساط لا يكون غاصباً. فإن الجلوس عليه ليس بتصرف فيه[٢].

---

(١) كذلك اللقطة إذا أخذها شخص وقصد تملكها لا يصير غاصباً عند الشيخين، لأنه إذا كان قد أثبت اليد المبطلة فإنه لم يزل اليد المحقة.

(٢) هذا هو الغصب. وقد يلتبس بالسرقة، فيجب التمييز بينهما في وضوح لأن السرقة فيها القطع ولا حد في الغصب، وتتميز السرقة عن الغصب بأنها أخذ من الحرز على سبيل الاستخفاء. ووضع لها صاحب «البدائع» حدوداً دقيقة فقال:

«أما ركن السرقة فهو الأخذ على سبيل الاستخفاء... ثم الأخذ على وجه الاستخفاء نوعان: مباشرة وتسبب».

«أما المباشرة فهو أن يتولى السارق أخذ المتاع وإخراجه من الحرز بنفسه حتى لو دخل الحرز وأخذ متاعاً فحمله أو لم يحمله، حتى ظهر عليه وهو في الحرز قبل أن يخرجه، فلا قطع عليه، لأن الأخذ إثبات اليد ولا يتم ذلك إلا بالإخراج من الحرز ولم يوجد. وإن رمى به خارج الحرز ثم ظهر عليه قبل أن يخرج هو من الحرز، فلا قطع عليه، لأن يده ليست بثابتة عليه عند الخروج من الحرز، فإن لم يظهر عليه حتى خرج وأخذ ما كان رمى به خارج الحرز، يقطع... ولو رمى به إلى صاحب له خارج الحرز فأخذه المرمى له، فلا قطع على واحد منهما، أما الخارج فلأنه لم يوجد منه الأخذ من الحرز، وأما الداخل فلأنه لم يوجد منه الإخراج من الحرز لثبوت يد الخارج عليه.. السارق إذا نقب منزلاً وأدخل يده وأخرج المتاع ولم يدخل فيه هل يقطع؟ ذكر في «الأصل» وفي «الجامع الصغير» أنه لا يقطع ولم يحك خلافاً. وقال أبو يوسف في «الإملاء» أقطع ولا أبالي دخل الحرز أو لم يدخل. وعلى هذا الخلاف إذا نقب وجمع المتاع عند النقب ثم خرج وأدخل يده فرفع. وجه أقوله إن الركن في السرقة هو الأخذ من الحرز، فأما الدخول في الحرز فليس بركن، ألا ترى أنه لو أدخل يده في الصندوق أو الجوالق وأخرج المتاع يقطع وإن لم يوجد الدخول. ولهما ما روي عن سيدنا علي رضي الله عنه أنه قال: وإذا كان اللص ظريفاً لم يقطع، وقيل كيف يكون ظريفاً، قال يدخل يده إلى الدار ويمكنه دخولها. ولم ينقل أنه أنكر عليه منكر، فيكون إجماعاً، لأن الحرز على سبيل الكمال

ويجب على الغاصب رد المغصوب، لو كان قائماً، في مكان غصبه لتفاوت القيم بتفاوت الأمكنة، وأجرة الرد على الغاصب. وإن هلك، ولو بقوة قاهرة، فعلى الغاصب رد مثله أو قيمته يوم غصبه. ولو غصب المغصوب من الغاصب، فالمالك بالخيار إن شاء ضمن الغاصب وإن شاء ضمن غاصب الغاصب، فإن ضمن الأول يرجع بما ضمن على الثاني، وإن ضمن الثاني لا يرجع على الأول، ولو اختار المالك تضمين أحد الغاصبين ليس له أن يطالب الآخر. ولو باع الغاصب المغصوب، فالمالك مخير في تضمين من شاء، فإذا ضمن المشترى رجع بما ضمن على البائع.

خامساً: الإتلاف ويكون مباشرة أو تسبباً. فالإتلاف مباشرة هو إتلاف الشيء بالذات من غير أن يتخلل بين فعل المباشر والتلف فعل آخر. والإتلاف تسبباً يكون بعمل يقع على شيء فيفضي إلى تلف شيء آخر. فمن قطع حبل قنديل معلق، فسقط القنديل على الأرض وانكسر، يكون قد أتلف الحبل مباشرة وكسر القنديل تسبباً.

والقاعدة أن المباشر ضامن وإن لم يتعد، والمتسبب لا يضمن إلاّ إذا كان متعمداً أو متعدياً. فإذا انقلب النائم على متاع وكسره وجب الضمان. ولو أن طفلاً يوم ولد انقلب على مال إنسان فأتلفه ضمن ما أتلف. وكذا المجنون الذي لا يفيق إذا مزق ثوب إنسان يلزمه الضمان. ولو أن دابة يركبها إنسان داست شيئاً وأتلفته عد الراكب أنه أتلف الشيء مباشرة وضمن. كل هؤلاء باشروا

شرط لأن به تتكامل الجناية، ولا يتكامل الهتك فيما يتصور فيه الدخول إلاّ بالدخول ولم يوجد بخلاف الأخذ من الصندوق والجوالق لأن هتكهما بالدخول متعذر، فكان الأخذ بإدخال اليد فيهما هتكاً متكاملاً، فيقطع. ولو أخرج السارق المتاع من بعض بيوت الدار إلى الساحة لا يقطع ما لم يخرج من الدار، لأن الدار مع اختلاف بيوتها حرز واحد. . فلم يكن الإخراج إلى صحن الدار إخراجاً من الحرز، بل هو نقل عن بعض الحرز إلى البعض بمنزلة النقل من زاوية إلى زاوية أخرى ولو نقب بيت رجل ودخل عليه مكابر ليلاً حتى سرق منه متاعه يقطع، لأنه إن لم يوجد الأخذ على سبيل الاستخفاء من المالك فقد وجد من الناس لأن الغوث لا يلحق بالليل لكونه وقت نوم وغفلة، فتحققت السرقة والله تعالى أعلم».

وأما التسبب فهو أن يدخل جماعة من اللصوص منزل رجل ويأخذوا متاعاً ويحملوه على ظهر واحد ويخرجوه من المنزل، فالقياس ألا يقطع إلاّ الحامل خاصة وهو في قول زفر. وفي الاستحسان يقطعون جميعاً. وجه القياس أن ركن السرقة لا يتم إلاّ بالإخراج من الحرز، وذلك وجد منه مباشرة، فأما غيره فمعين له، والحد يجب على المباشر لا على المعين كحد الزنا والشرب. وجه الاستحسان أن الإخراج حصل من الكل معنى، لأن الحامل لا يقدر على الإخراج إلاّ بإعانة الباقين وترصدهم للدفع، فكان الإخراج من الكل من حيث المعنى، ولهذا الحق المعين بالمباشر في قطع الطريق وفي الغنيمة، كذا هذا. ولأن الحامل عامل لهم، فكأنهم حملوا المتاع على حمار وساقوه حتى أخرجوه من الحرز. ولأن السارق لا يسرق وحده عامة بل مع أصحابه، ومن عادة السراق أنهم كلهم لا يشتغلون بالجمع والإخراج بل يرصد البعض، فلو جعل ذلك مانعاً من وجوب القطع لانسد باب القطع وانفتح باب السرقة، وهذا لا يجوز، ولهذا ألحقت الإعانة بالمباشرة في باب قطع الطريق كذا هذا، والله تعالى أعلم».

(«البدائع» ٧/ ٦٥ ـ ٦٦).

الإتلاف فيضمنون ولو دون تعمد أو تعد[١]. ولو حفر بئراً في ملكه فوقع فيها إنسان لم يضمنه، لأنه متسبب لا مباشر ولم يتعد. ولو حفر البئر في غير ملكه ضمن، لأنه متعد. ولو سعى إلى سلطان ظالم حتى غرم رجلاً، فلو بحق لا يضمن، لأنه لم يتعد، والسعاية الموجبة للضمان أن يتكلم بكذب أو لا يكون قصده إقامة الحسبة[٢]. وإذا أمر إنساناً بأخذ مال الغير فالضمان على الآخذ لأن الأمر لم يصح، وفي كل موضع لا يصح الأمر لا يجب الضمان على الآمر[٣] وإذا توافرت شروط الإتلاف المتقدمة الذكر ووجب الضمان، دفع المتلف إلى صاحب المال المثل أو القيمة وقت الإتلاف.

الإثراء بلا سبب

مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الروماني والقانون الإنجليزي:

يعترف القانون الروماني في كثير من التوسع بمبدأ الإثراء بلا سبب، ويقول جيرار[٤] إن اعتراف القانون الروماني بمبدأ الإثراء بلا سبب قديم يرجع إلى المراحل الأولى من تطوره، بل لعله أقدم من اعترافه بالعمل غير المشروع وبالعقد.

وعلى العكس من ذلك القانون الإنجليزي، فإنه لا يعترف بالإثراء بلا سبب مصدراً للإلتزام إلاّ في حدود ضيقة، وأوسع ما يعترف به في ذلك هو الالتزام الناشىء عن دفع غير المستحق، بشرط أن يكون المال الذي يراد استرداده مبلغاً من النقود وأن يكون الغلط الذي وقع فيه الدافع غلطاً في الواقع لا في القانون[٥]. أما مبدأ الإثراء بلا سبب ذاته فلا يعترف به القانون الإنجليزي إلاّ في تطبيقات خاصة[٦]. وكذلك الفضولي ليس له الحق في استرداد ما أنفق من المصروفات إلاّ في حالات محدودة[٧].

---

(١) قارن الجرائم المنصوص عليها في قانون» اكليا (Aquilia) الروماني (جيرار طبعة سادسة ٤٢٣) ولا يصح القول بأن هذا مبدأ يصلح أساساً في الفقه الإسلامي لمسؤولية غير المميز والمسؤولية القائمة على تحمل التبعة، لأن المسؤولية هنا قائمة على فكرة مباشرة الإتلاف دون واسطة. فلو كان الإتلاف تسبباً لما ضمن الطفل ولا المجنون لانتفاء التعدي.

(٢) **«مجمع الضمانات»** (١٥٤).

(٣) **«مجمع الضمانات»** (١٥٨).

(٤) (٦٢٥ ـ ٦٢٦).

(٥) وقاعدة دفع غير المستحق بالقيدين المتقدمين اعترف بها القانون الإنجليزي تحت تأثير القانون الروماني بعد تطور طويل (انظر ودورد (Woodward) في قانون شبه العقد، بوستن سنة ١٩١٣ ٢ ـ ٤).

(٦) نذكر منها تطبيقين:
أ ـ إذا دفعت شركة تأمين مبلغ الخسارة المؤمن عليها فلها أن ترجع على المؤمن له بالتعويض الذي أخذه عن الغير من هذه الخسارة.
ب ـ إذا استولى أحد الشركاء في الشيوع على أكثر من نصيبه في غلة العين المشاعة، التزم برد هذه الزيادة.

(٧) منها حالة إنقاذ سفينة من الغرق وحالة الدائن المرتهن فيما يتحمله من النفقة لحفظ العين المرهونة.

والفقه الإسلامي في ذلك يبعد عن القانون الروماني ـ كما بعد في التمييز بين الحق الشخصي والحق العيني ـ ويقترب من القانون الإنجليزي. فهو يعترف بالالتزام عن دفع غير المستحق في حدود واسعة، ولا يعترف بمبدأ الإثراء بلا سبب ذاته إلاّ في حدود ضيقة، أما الفضولى فإنه يعتبر متبرعاً لا يرجع بما أنفق. ونستعرض هذه الحالات الثلاث في الفقه الإسلامي: دفع غير المستحق، والإثراء: بلا سبب، والفضالة.

دفع غير المستحق:

الظاهر من نصوص الفقه الإسلامي أنها تجعل دفع غير المستحق مصدراً للالتزام في أوسع الحدود. فلو أن شخصاً ظن أن عليه ديناً فبان خلافه، رجع بما أدى[١]. ومن دفع شيئاً ليس واجباً عليه، فله استرداده، إلاّ إذا دفعه على وجه الهبة[٢]. وتطبيقاً لهذا المبدأ نصت المادة ٢٣٧ من التقنين المدني العراقي على ما يأتي: «إذا أمر أحد غيره بقضاء دينه، ثم إن الآمر قضى الدين بنفسه إلى دائنه والمأمور دفعه إليه أيضاً، فللمأمور أن يرجع بما دفعه على الآمر إن كان قد سبقه في قضاء الدين. وإن كان الآمر هو الذي قضى الدين أولاً، فللمأمور أن يرجع على القابض أو على الآمر»[٣].

بل إن الفقه الإسلامي يتسع لصور أخرى من دفع غير المستحق. فمن دفع رشوة له أن يستردها لأن العقد الذي دفع به الرشوة باطل، وقد جاء في **«مجمع الضمانات»**[٤] في هذا الصدد: «قاض أو غيره دفع إليه سحت لإصلاح المهم، فأصلح ثم ندم، يرد ما دفع إليه. أبرأه من الدين ليصلح مهمة عند السلطان، لا يبرأ وهو رشوة. المتعاشقان يدفع كل واحد منهما لصاحبه أشياء، فهي رشوة لا يثبت المالك فيها، وللدافع استردادها لأن الرشوة لا تملك». ومن عجل الوفاء بالدين قبل حلول أجله استرد ما يقابل الأجل. وقد جاء في **«مجمع الضمانات»** أن «المرابحة التي لم تستحق ودفعت تسترد، كما إذا قضى المديون الدين المؤجل قبل حلول الأجل، أو مات فأخذ من تركته، فجواب المتأخرين أنه لا يؤخذ من المرابحة التي جرت المبايعة بينهما إلاّ بقدر ما مضى من الأيام. . . ولو أخذ المقرض المرابحة قبل مضي الأجل، فللمديون أن يرجع منها بحصته ما بقي من الأيام»[٥].

الإثراء بلا سبب:

تقدم القول إن الفقه الإسلامي لا يعترف بوجه عام بالإثراء بلا سبب مصدراً للإلتزام. فلو

---

(١) **«الأشباه والنظائر»** (١/ ١٩٤).

(٢) **«شرح الأشباه والنظائر»** (غمز عيون البصائر) (١/ ١٩٤).

(٣) قارن **«مرشد الحيران»** م ٢٠٢: «إذا أمر أحد غيره بقضاء دينه، ثم إن الآمر قضى الدين بنفسه إلى دائنه، والمأمور قد دفعه إليه أيضاً فللمأمور أن يرجع بما دفعه على القابض لا على الآمر فإن أقام المأمور البينة على أنه أدى الدين بعد الأمر قبل أداء الآمر، فله الرجوع بما له إن شاء على القابض وإن شاء على الآمر».

(٤) (٤٥٨).

(٥) **«مجمع الضمانات»** (٤٥٩).

عمر أحد الشريكين الملك المشترك بلا إذن شريكه، يكون متبرعاً لا رجوع له عليه بما صرفه على العمارة[١]. ولو أن زرعاً كان بين اثنين، فغاب أحدهما وأنفق الآخر، يكون متبرعاً[٢].

على أنه يستثنى مما تقدم أن يكون المفتقر مضطرًا إلى الإنفاق، إذ المضطر ليس بمتبرع. فلو بنى صاحب العلو السفل بدون إذن صاحبه أو إذن الحاكم لا يكون متبرعاً، ويرجع بقيمة البناء على صاحب السفل، لأنه مضطر إلى البناء إذ لو رفع الأمر إلى الحاكم فالحاكم لا يجبر صاحب السفل على بناء سفله لعدم تعديه. وهذا بخلاف الزرع الذي غاب أحد صاحبيه فأنفق الآخر، والفرق أن هذا غير مضطر لأن شريكه لو كان حاضراً يجبره القاضي على الإنفاق، لو غائباً يأمر القاضي الحاضر به ليرجع على الآخر، فلما زال الاضطرار كان متبرعاً[٣]. ولو هدما حائطاً بينهما، فأبى أحدهما إعادته يجبر ولو انهدم لا يجبر ولكن يبني الآخر ويمنعه حتى يأخذ نصف ما أنفق لو أنفق بأمر القاضي ونصف قيمة البناء لو أنفق بلا أمر القاضي[٤]. وجاء في «**رد المحتار**»[٥]: «والذي تحصل في هذا المحل أن الشريك إذا لم يضطر إلى العمارة مع شريكه بأن أمكنه القسمة، فأنفق بلا إذنه، فهو متبرع. وإن اضطر وكان الشريك يجبر على العمل معه، فلا بد من إذنه أو أمر القاضي فيرجع بما أنفق، وإلاّ فهو متبرع. وإن اضطر وكان شريكه لا يجبر. فإن أنفق بإذنه أو بأمر القاضي رجع بما أنفق، وإلاّ فبقيمة البناء».

وتطبيقاً لهذا المبدأ، وإلى جانب الحالة المتقدمة، يكون الإثراء بلا سبب مصدراً للإلتزام في الأحوال الآتية:

١ ـ حالة من يضطر للقيام بخدمة للغير درءاً لمضرّة عن نفسه، كما لو قضى الولد دين أبيه وافتك ماله المرهون في هذا الدين، لم يكن متبرعاً ويرجع بجميع ما قضى على أبيه لأنه مضطر إلى قضاء الدين، إذ لا يمكنه الوصول إلى ملكه إلاّ بقضاء الدين كله، وكما لو استعار من إنسان عبده ليرهنه بدين نفسه فرهن، ثم إن المعير قضى دين المستعير وافتك الرهن، إنه يرجع بجميع ما قضى على المستعير[٦].

٢ ـ إذا اختلط ملكان قضاء وقدراً، فمالك الأكثر يملك الاثنين معاً، ومالك الأقل يرجع بقيمته على مالك الأكثر، إلاّ إذا اتفقا على غير ذلك. وإن كان قيمة الشيئين سواء، يباع عليهما، ويقتسمان الثمن[٧].

---

(١) «**مرشد الحيران**» (٧٦٥).

(٢) «**شرح المجلة**» لسليم باز (٧٠٥) عن «**جامع الفصولين**».

(٣) «**مجمع الضمانات**» (٢٨٨).

(٤) «**مجمع الضمانات**» (٢٨٨).

(٥) «**شرح المجلة**» لسليم باز (٧٠٥).

(٦) «**البدائع**» (٦/ ١٣٦).

(٧) «**مجمع الضمانات**» (٤٤٥ ـ ٤٤٦).

٣ ـ إذا تعامل شخص مع ناقص الأهلية فالعقد باطل، ولكن له الرجوع على ناقص الأهلية بمقدار ما أثرى[١].

الفضالة:

والفضولي متبرع كما قدمنا، إذ هو لم يكن مضطراً إلى العمل الذي قام به، فلا يرجع بشيء على رب العمل. فلو كان للمدين الغائب مال في يد أجنبي، فأنفق الأجنبي على أبوى الغائب بغير إذن القاضي ضمن، وإذا ضمن لا يرجع على القابض[٢]. والمديون إذا أنفق على ولد رب الدين أو امرأته بغير أمره لا يبرأ من الدين، ولا يرجع بما أنفق على من أنفق عليه[٣]. ولو قضى دين غيره بغير أمره جاز، فلو انتقض ذلك بوجه من الوجوه يعود إلى ملك القاضي لأنه تطوع بقضاء الدين، ولو قضى بأمره يعود إلى ملك من عليه الدين وعليه القاضي مثلها[٤].

هـ ـ القانون

التزامات مصدرها الشرع:

وهناك التزامات في الفقه الإسلامي مصدرها المباشر هو الشرع، كالالتزام بالنفقة، والتزام الولى والوصي والقيم ومن إليهم.

تأثر الفقهاء المحدثين بالفقه الغربي:

رأينا فيما قدمناه أن مصادر الالتزام في الفقه الغربي لها ما يقابلها في الفقه الإسلامي. ولكن ذلك ليس معناه أن الفقه الإسلامي يرتب مصادر الالتزام على النحو الذي بيناه. فالالتزام بالمعنى المفهوم في الفقه الغربي ليس معروفاً في الفقه الإسلامي كما سبق القول. ولو اقتصرنا على الدين، وأردنا استقصاء مصادره دون أن نتأثر بترتيب مصادر الالتزام في الفقه الغربي، لكانت هذه هي العقد (ويدخل ضمنه الإرادة المنفردة إذ الفقه الإسلامي لا يميز تمييزاً واضحاً بينها وبين العقد) والجناية على النفس (ممثلة في الدية والأرش وحكومة العدل) والإتلاف والغصب والسرقة وقطع الطريق والإكراه والتغرير ودفع غير المستحق ووقائع مختلفة نص عليها الشرع.

ولكن الفقهاء المحدثين، متأثرين كثيراً بالفقه الغربي، ينحون نحو هذا الفقه في ترتيب مصادر الالتزام. من ذلك ما قرره الأستاذ أحمد إبراهيم[٥] من أن مصادر الالتزام، إما عمل يباشره الإنسان باختياره يوجب به حقاً على نفسه لغيره ويقره الشرع عليه، فيجب عليه الوفاء به بحكم

---

(١) **«مجمع الضمانات»** (٤٤٨)، **«مرشد الحيران»** م ٢١٨. ويلاحظ أن الزيادة المتصلة بالمغصوب وجعل الآبق يرجع بهما دون أن يتحقق الاضطرار في هاتين الحالتين.

(٢) **«مجمع الضمانات»** (٤٥٠).

(٣) **«مجمع الضمانات»** (٤٤٩).

(٤) **«مجمع الضمانات»** (٤٤٨ ـ ٤٤٩).

(٥) مذكرة **«الالتزامات في الشرع الإسلامي»** (٣٦ ـ ٣٧).

العقل وبحكم الشرع، وإما أن يكون الإيجاب ابتداء من الشرع. بناء على حكمة يقتضيها التشريع والعدل الإلهي، أو ترتيباً على فعل صدر عن الإنسان لم يرد به وقت صدوره عنه ترتيب أي التزام عليه، لكن الشرع هو الذي يرتب الالتزام عليه. وقد يكون الإنسان بهذا الفعل دائناً لغيره شرعاً. فالأول يتناول العقد والإرادة المنفردة والثاني يتناول شيئين أولهما ما أوجبه الشرع مباشرة كنفقات الأقارب وثانيهما ما كان سببه المباشر فعلاً ضاراً يصير به الفاعل ملزماً بتعويض الضرر، أو فعلاً نافعاً لغيره يصير به الإنسان دائناً لذلك الغير بذلك الفعل شرعاً. وعلى هذا تكون مصادر الإلتزام إما اختيارية وإما جبرية والإختيارية تشمل العقد والإرادة والجبرية يندرج فيها الفعل الضار الذي به يكون الفاعل مديناً شرعاً لمن لحق به الضرر، فإما أن يصلح ما أتلفه ويعيده إلى حالته الأولى، وإما أن يضمنه بالمثل أو بالقيمة، والفعل النافع الذي به يكون الإنسان دائناً لغيره وهو المعنون له في كتب الفقه القانوني بالإثراء على حساب الغير، وما يقضي به القانون الشرعي ابتداء على ما أسلفنا».

ومن يقرأ هذه السطور يخيل إليه أنه يقرأ كتاباً في الفقه الغربي لا صلة له بالفقه الإسلامي. وقد يكون من الخير ألا نتأثر إلى هذا الحد البعيد بترتيب مصادر الالتزام في الفقه الغربي، وأن نبقي هذه المصادر في الفقه الإسلامي متفرقة على النحو الذي أسلفناه، حتى تعود إلى تأصيلها هي ومصادر الحق العيني، فنردها إلى مصدرين اثنين، هما التصرف القانوني والواقعة القانونية.

ثانياً: مصادر الحق العيني

ترتيب البحث:

مهمتنا في حصر مصادر الحق العيني أيسر بكثير منها في حصر الحق الشخصي. فقد قدمنا أن الحق العيني في الفقه الإسلامي أكثر بروزاً وأوضح ذاتية من الحق الشخصي. والحقوق العينية في الفقه الإسلامي هي كما ذكرنا محددة على سبل الحصر. وقد عرفنا أنها حق الملك التام وحق المنفعة وحق الرقبة وحقوق الارتفاق وحق الرهن وحق الحبس.

وقد حصرت مصادر كل طائفة من هذه الحقوق في كتب الفقه الإسلامي، وبخاصة في كتب الفقهاء المحدثين. فننقل عنهم:

أولاً: أسباب الملك، وهذه هي مصادر حق الملك التام وحق المنفعة وحق الرقبة.

ثانياً: أسباب الحقوق المجردة، وهذه هي مصادر حقوق الارتفاق.

ثالثاً: أسباب الرهن والحبس، وهذه هي مصادر الحقين.

ونؤصل بعد ذلك هذه المصادر هي ومصادر الحق الشخصي جميعاً، فنردها إلى مصدرين، التصرف القانوني والواقعة القانونية.

أسباب الملك:

حصرها صاحب «**مرشد الحيران**» في المادة ٧٢ على الوجه الآتي «أسباب الملك هي العقود

الموجبة لنقل العين من مالك إلى آخر كبيع أو هبة أو وصية، والميراث ووضع اليد على الشيء المباح الذي لا مالك له، والشفعة».

ويتبين من هذا النص أن مصادر الحقوق العينية الأصلية باستثناء حقوق الارتفاق خمسة:

١ ـ العقد كالبيع والهبة.

٢ ـ الإرادة المنفردة وهي هنا الوصية.

٣ ـ الميراث.

٤ ـ وضع اليد على الشيء المباح الذي لا مالك له ويسمى في الفقه الغربي بالاستيلاء.

٥ ـ الشفعة.

وهذه هي نفس مصادر الحقوق العينية الأصلية في الفقه الغربي ينقصها مصدران: الالتصاق والحيازة. أما الالتصاق فقواعده موجودة في الفقه الإسلامي، وهي منتشرة في جوانبه يعوزها التجميع. وللحيازة كذلك شأن كبير في الفقه الإسلامي، فالقبض سبب للملك في الهبة، وهناك قواعد إجرائية في المرافعات الشرعية تحمي صاحب اليد من الخارج بما ينتهي إلى جعل اليد عنوان الملك، ثم إن عدم سماع الدعوى لمرور الزمان وهو ما ندعوه في الفقه الغربي بالتقادم، قد عرفه الفقه الإسلامي في عصوره المتأخرة.

أسباب الحقوق المجردة أو حقوق الارتفاق:

قدمنا أن حقوق الارتفاق هي الشرب والمجرى والمسيل والمرور والتعلي والجوار. وهي جميعاً تابعة للعقار المرتفق تنتقل معه. ولذلك تكون أسباب كسبها تبعاً للعقار المرتفق هي نفس الأسباب التي يكسب بها هذا العقار، أي نفس أسباب الملك التي تقدم ذكرها.

وقد تكسب ابتداء بالإذن والعقد والوصية والقدم وشراء العلو في حق التعلي والمجاورة في حق الجوار.

أما الإذن فيكون بسماح مالك العقار المرتفق به لمالك عقار آخر باستعمال حق من حقوق الارتفاق: شرب أو مجرى أو مسيل أو مرور. ويكون ذلك موقوتاً ببقاء الإذن، إذ يجوز لصاحبه الرجوع فيه لصدوره على وجه التبرع، وينقضي على كل حال بموت الآذن.

وأما العقد فيكون بأن يشتري مثلاً صاحب الأرض المرتفقة حتى الارتفاق من صاحب الأرض المرتفق بها. ومثل البيع العقود التي من شأنها نقل الملكية كالهبة[1].

---

(١) ويقول الأستاذ محمد أبو زهرة في هذا الصدد ما يأتي: «قد اتفق الفقهاء على جواز بيع رقبة الشرب والطريق والمسيل، لأن رقبة الشرب والطريق عقار معين محدود معروف المقدار لا جهالة فيه ولا غرر، فجاز بيعه بيعاً صحيحاً مستوفياً الأركان والشروط، وأما المسيل فلا يجوز بيع رقبته إذا كان مقدار ما يسيل فيه الماء غير معين للجهالة والغرر، وأما إذا عين مقداره وعرفت حدوده فيجوز بيعه في هذه الحال لأنه مبيع معلوم المقدار محدود بالجهات فلا مانع من بيعه. ومثل البيع في هذا كله العقود التي من شأنها نقل الملكية كالهبة

والوصية كالعقد يملك بها حق الارتفاق. فيصح أن يوصي مالك عقار لمالك عقار آخر بحق ارتفاق له على عقاره، يثبت له بعد موته، وينفذ في الثلث من التركة.

والقدم كما يقول الأستاذ علي الخفيف[١]: «ليس منشئاً للحق، وإنما نشأ الحق عن سبب مجهول كإذن أو صلح مثلاً، ولكن لطول العهد تنوسي السبب وبقي الأثر معروفاً مقرراً دون أن يعرف له مبدأ، فيحافظ عليه لقدمه وتقرره. والقديم على حاله لأن الظاهر أنه إنما كان السبب صحيح، ما لم يظهر أنه لسبب باطل فيزال حينئذٍ. وبناء على ذلك إذا عرف سبب نشأته كان بقاؤه رهن صحة سببه، وإلاّ حكم ببطلانه».

وشراء العلو في حق التعلي ليس إلاّ عقداً، وهو عقد بيع، يكسب به صاحب العلو حق التعلي على السفل حتى لو انهدم العلو بقي الحق وأعاد صاحب العلو علوه، ولو انهدم السفل كان لصاحب العلو إعادة بناء السفل ليتمكن من إعادة بناء علوه ويرجع على صاحب السفل كما مر. وكالبيع الإجارة، فإذا أجر صاحب الدار علوها كان للمستأجر حق التعلي ما دام يدفع أجر المثل[٢].

وحق الجوار يثبت بالجوار ذاته، أي أن يكون العقار مجاوراً لعقار آخر، فيثبت لكل عقار حق ارتفاق على العقار الآخر بألا يضر بجاره ضرراً فاحشاً على النحو الذي بيناه فيما تقدم[٣].

أسباب الرهن والحبس:

وهذه هي الحقوق العينية التبعية. أما الرهن فمصدره العقد، وهو عقد الرهن. وينعقد بالإيجاب والقبول من الراهن والمرتهن. وقيل يتم بالإيجاب من الراهن لأنه عقد تبرع. والصحيح أنه لا يتم إلاّ بالإيجاب والقبول لأن في الرهن معنى المعاوضة حيث يصير المرتهن مستوفياً لدينه عند هلاك الرهن في يده، فيتوقف تمامه على قبول المرتهن. ولا يلزم الرهن إلاّ بالقبض عند جمهور الفقهاء.

وقد علمنا أن لحق الحبس مصدرين:

١ ـ العقد، وهو البيع في حبس المبيع لاستيفاء الثمن، والإيجار في حبس المأجور لاسترداد ما عجل من الأجرة، وفي حبس العين التي لعمل الأجير المشترك فيها أثر لاستيفاء الأجرة،

والوصية، لأن التصرفات الواردة على الرقبة لا تعدو التصرف في عقار مملوك ملكاً خاصاً محدود معلوم المقدار». (**«الملكية ونظرية العقد»** ٩٤).

(١) **«أحكام المعاملات الشرعية»** (٤٧).

(٢) انظر **«أحكام المعاملات الشرعية»** للأستاذ علي الخفيف (٤٨).

(٣) وكسب حقوق الارتفاق ابتداء ليس معناه كسبها منفردة، فهي تكسب ابتداء ـ أي تنشأ لأول مرة ـ ولكنها مع ذلك تكون تابعة للعقار المرتفق. . أما ما بحثه الأستاذ محمد أبو زهرة في كتابه **«الملكية ونظرية العقد»** (٩٥ ـ ٩٦) من جواز بيع حق الشرب وحق الطريق منفردين، أي غير تابعين لعقار مرتفق، فهذا لا يكون حق ارتفاق.

والوديعة في حبس العين المودعة لاسترداد ما أنفق في حفظها بإذن القاضي، والوكالة في حبس الوكيل المال الذي اشتراه لموكله لاستيفاء ما دفعه فيه من الثمن.

٢ ـ الشرع في حبس العبد الآبق لاستيفاء ما يستحق على مالكه، وفي حبس اللقطة لاستيفاء ما أذن فيه القاضي من الإنفاق عليها، وفي حبس المغصوب لاستيفاء قيمة الزيادة المتصلة.

* * *

تاصيل مصادر الحق الشخصي والحق العيني وردها جميعاً إلى التصرف القانوني والواقعة القانونية:

الفقه الغربي: ونقتصر هنا على الفقه الفرنسي. فهذا الفقه لم يوفق حتى اليوم إلى وضع نظرية شاملة للتصرف القانوني والواقعة القانونية (acte juridique et fait juridique) ليرد إليها مصادر الحقوق جميعاً.

ونعرف كلاً من التصرف القانوني والواقعة القانونية تعريفاً مبدئياً. فالتصرف القانوني هو إرادة محضة تتجه إلى إحداث أثر قانوني معين يرتبه القانون، مثل ذلك البيع والوصية. والواقعة القانونية هي عمل مادي، يقع باختيار الإنسان أو بغير اختياره. ويرتب القانون عليه أثراً قانونياً معيناً. مثل الواقعة الاختيارية العمل غير المشروع والحيازة، ومثل الواقعة غير الاختيارية، الميلاد والموت.

وكان الفقه الفرنسي المدرسي ينحو نحو بوتيه (Pothier) في تقسيم مصادر الالتزام إلى خمسة: العقد وشبه العقد والجريمة وشبه الجريمة والقانون. وكان هذا التقسيم ينطوي على عيبين جوهريين:

١ ـ العيب الأول أنه يخلط ما بين التصرف القانوني والواقعة القانونية. فهو يجعل شبه العقد مبنياً على إرادة وهمية ثم على إرادة مفروضة، فيخلط بينه وبين العقد، مع أن شبه العقد هو عمل مادي أي واقعة قانونية لا دخل للإرادة فيها. ففي الفضالة يلتزم كل من الفضولي ورب العمل بمقتضى عمل مادي، هو قيام الفضولي بشأن عاجل لرب العمل، فيلتزم الفضولي بالمضي فيما قام به حتى يتمكن رب العمل من مباشرته بنفسه، ويلتزم رب العمل برد ما أثرى به على حساب الفضولي. وفي دفع غير المستحق يلتزم القابض برد ما قبضه دون حق ومصدر التزامه عمل مادي، هو دفع دين غير موجود. وفي الإثراء بلا سبب بوجه عام يلتزم المثري برد ما أثرى به على حساب المفتقر ومصدر التزامه هنا أيضاً عمل مادي، هو الواقعة التي كانت سبباً في إثراء المدين وافتقار الدائن.

٢ ـ والعيب الثاني أن التقسيم المدرسي لمصادر الالتزام كان من شأنه أن يطمس فكرة التصرف القانوني والواقعة القانونية من وجهين:

أ ـ بفصله بين مصادر الحق الشخصي ومصادر الحق العيني، مع أن مصادر الحقين واحدة، وترد جميعاً إلى التصرف القانوني والواقعة القانونية.

ب ـ بجعله القانون مصدراً مباشراً للالتزام، فحال القانون دون الكشف عن الواقعة القانونية

التي تختفي وراءه وهي التي ترتب عليها الالتزام.

ثم جاء الفقه الفرنسي الحديث. فهدم التقسيم المدرسي لمصادر الالتزام، وأحل محله تقسيماً خماسياً آخر، إذ جعل مصادر الالتزام خمسة: العقد والإرادة المنفردة والعمل غير المشروع والإثراء بلا سبب والقانون. وهذا التقسيم الحديث ينطوي هو أيضاً على عيبين جوهريين:

١ ـ العيب الأول أنه يحجب وحدة التصرف القانوني، إذ يفرق بين العقد والإرادة المنفردة في مصادر الالتزام، ثم ينكر على العقد أن يكون بذاته سبباً لنقل الملكية فيقصره على أن ينشىء التزاماً بنقلها، وبذلك لا يعدو العقد أن يكون مصدراً للالتزام.

٢ ـ والعيب الثاني أنه يحجب وحدة الواقعة القانونية، فالوقائع القانونية منتشرة بين مصادر الالتزام ومصادر الحق العيني على تبويب من شأنه أن يمزق هذه الوحدة. فمن يستعرض في مصادر الالتزام العمل غير المشروع والإثراء بلا سبب والقانون بما يجثم وراءه من وقائع قانونية مختلفة، ثم يستعرض في مصادر الحق العيني الاستيلاء والميراث والالتصاق والشفعة والحيازة، لا يستطيع أن يدرك أن هذه المصادر جميعاً إنما هي مصدر واحد مرده الواقعة القانونية.

الفقه الإسلامي: ويمكن في الفقه الإسلامي رد مصادر الحق الشخصي والحق العيني إلى مصدرين اثنين، هما التصرف القانوني والواقعة القانونية على النحو الذي رأيناه فيما تقدم.

بل إن الفقه الإسلامي أكثر مطاوعة لهذا التقسيم الثنائي من الفقه الفرنسي، وذلك لسببين:

السبب الأول: أنه لا يحجب وحدة التصرف القانوني بالقدر الذي يحجبها الفقه الفرنسي. فهو من ناحية لا يفصل بين العقد والإرادة المنفردة فصلاً حاداً كما يفعل الفقه الفرنسي، بل كثيراً ما يقع الخلاف فيما إذا كان تصرف معين يتم بالإيجاب والقبول أو يتم بالإيجاب وحده ويبقى التصرف موصوفاً بأنه عقد في الحالتين. وهو من ناحية أخرى يجعل العقد مصدراً للالتزام، ثم يجعله ينقل بذاته الملكية ولا يقتصر على إنشاء التزام بنقلها.

والسبب الثاني: أنه وإن كان قد نثر الوقائع القانونية متفرقة بين مصادر الحق الشخصي ومصادر الحق العيني، إلاّ أنه لم يبوّب هذه الوقائع تبويباً يعزل بعضها عن بعض كما فعل الفقه الفرنسي، فلا تستعصي هذه الوقائع على تبويب شامل يردها جميعاً إلى الواقعة القانونية، وليس يوجد في الفقه الإسلامي تبويبات أخرى تتعارض مع هذا التبويب.

ونستعرض من الآن، في ضوء ما تقدم، مصادر الحق الشخصي والحق العيني كما بسطناها في الفقه الإسلامي لنردها جميعاً إلى هذين المصدرين: التصرف القانوني والواقعة القانونية. وهذا الاستعراض يؤدى بنا إلى النتيجة الآتية:

يعتبر تصرفاً قانونياً:

أ ـ من مصادر الحق الشخصي: العقد والإرادة المنفردة.

ب ـ ومن مصادر الحق العيني: العقد والوصية بالنسبة إلى أسباب الملك، والإذن والعقد والوصية بالنسبة إلى حقوق الارتفاق، والعقد بالنسبة إلى الحقوق العينية التبعية. فلا يعدو التصرف

القانوني إذن أن يكون عقداً أو إرادة منفردة. فهو في الفقه الإسلامي كما هو في الفقه الغربي إرادة محضة تتجه لإحداث أثر قانوني معين يرتبه القانون. وسنرى عند الكلام في العقد أن حكم القاضي في الفقه الإسلامي يحل محل الإرادة في بعض التصرفات.

ويعتبر واقعة قانونية:

أ ـ من مصادر الحق الشخصي: الجناية على النفس والسرقة وقطع الطريق والإكراه والتغرير والإتلاف والغصب ودفع غير المستحق والإثراء بلا سبب في بعض تطبيقاته والقرابة.

ب ـ ومن مصادر الحق العيني: الميراث ووضع اليد على الشيء المباح والشفعة والالتصاق والقبض (الحيازة) بالنسبة إلى أسباب الملك، والقدم والجوار بالنسبة إلى حقوق الارتفاق، ورد العبد الآبق والإنفاق على اللقطة بإذن القاضي واستحداث زيادة متصلة في المغصوب بالنسبة إلى الحقوق العينية التبعية. وكل هذه الوقائع، على تنوعها، أعمال مادية، بعضها اختياري وبعضها غير اختياري، يرتب عليها القانون إنشاء حق شخصي أو كسب حق عيني.

* * *

والذي ننهي إليه من كل ما تقدم، أن مصادر الحقوق في الفقه الإسلامي، كما هي في الفقه الغربي، لا تعدو أن تكون مصدرين اثنين: التصرف القانوني والواقعة القانونية(١). فنتناول كلا منهما بالبحث التفصيلي، ونبدأ بالتصرف القانوني.

---

(١) ومما يجعل التمييز بين التصرف القانوني والواقعة القانونية تمييزاً مقبولاً في الفقه الإسلامي، أن الفقهاء يميزون في كثير من المناسبات بين التصرفات القولية (هذه هي التصرفات القانونية) والتصرفات الفعلية (وهذه هي الوقائع القانونية). كما يميزون بين ضمان العقد (وهذه هي المسؤولية العقدية) وضمان الفعل (وهذه هي المسؤولية غير العقدية).

القسم الأول

التصرف القانوني
في
الفقه الإسلامي

ترتيب البحث

التصرف القانوني يشمل العقد والإرادة المنفردة. وكل ما نقرره من قواعد في العقد ينطبق على الإرادة المنفردة، إلاّ ما تقتضيه طبيعة الإرادة المنفردة من أنها إرادة واحدة لا إرادتان متطابقتان. فنقصر بحثنا إذن على العقد، وبخاصة أن الفقه الإسلامي كما قدمنا لا يعلق الأهمية التي يعلقها الفقه الغربي على التمييز ما بين العقد والإرادة المنفردة.

ونمهد للبحث بتعريف العقد وتحديد تقسيماته. ثم نبحث في الباب الأول أركان العقد، وفي الباب الثاني آثاره، وفي الباب الثالث انحلاله.

تمهيد
تعريف العقد وتقسيماته

١ ـ تعريف العقد

أمور ثلاثة تستخلص من التعريف:

قدمنا أن صاحب «**مرشد الحيران**» عرف العقد في المادة ٢٦٢ على الوجه الآتي: «العقد عبارة عن ارتباط الإيجاب الصادر من أحد العاقدين بقبول الآخر على وجه يثبت أثره في المعقود عليه».

ويستخلص من هذا التعريف أمور ثلاثة:

أولاً: أن العقد، من حيث إنه يقوم على الإرادة، يدخل في عموم التصرف القانوني.

ثانياً: وأنه يتخصص، بين التصرفات القانونية، بقيامه على إرادتين متطابقتين لا على إرادة منفردة.

ثالثاً: وأن تعريف العقد على الوجه المتقدم يتم عن النزعة الموضوعية التي تسود الفقه الإسلامي.

أولاً: العقد يدخل في عموم التصرف القانوني: التصرف القانوني إرادة محضة أو تعبير عن الإرادة كما قدمنا. وكذلك العقد الذي هو فرع عن التصرف القانوني. ولا يختلط العقد، وهو إرادة محضة، بعمل مادي، إلاّ إذا كان هذا العمل هو الشكل الواجب في بعض العقود، أو ما يقترن به من القبض في عقود أخرى، أو المظهر المادي للتعبير عن الإرادة في جميع العقود..

وكل هذا يتفق مع نظرية التصرف القانوني في الفقه الحديث.

ثانياً: العقد إرادتان متطابقتان لا إرادة منفردة: العقد بحسب التعريف المتقدم ارتباط إيجاب بقبول. فهو إذن إرادتان مترابطتان متطابقتان وليسا إرادة واحدة. ويخلص لنا من ذلك نتيجتان منطقيتان:

١ ـ أن كل إرادتين متطابقتين عقد.

٢ ـ وأن الإرادة المنفردة ليست بعقد.

على أن هاتين النتيجتين لم يخلصا في الفقه الإسلامي إلاّ بعد جهد، بل إن النتيجة الثانية لم تخلص خلوصاً تاماً.

أما أن كل إرادتين متطابقتين عقد، فقد كانت هناك فكرة بدائية تعترض هذه القاعدة، وتقضي

بأن التصرف الذي يتم تنفيذه بمجرد انعقاده بحيث لا يتخلف عنه أثر لا يكون عقداً، وإنما العقد هو الذي يرتب أثراً يبقى مدة من الزمن قبل أن يتم تنفيذه. ومن ثم لا يكون بيع التعاطي ـ وهو البيع الذي يتم بقبض المشتري المبيع وقبض البائع الثمن في الحال ـ عقداً لأنه قد تم تنفيذه بمجرد انعقاده فلم يتخلف عنه أثر باق. ويقول سعدى جلبي، أحد فقهاء الحنفية، في هذا المعنى ما يأتي: «العقد قول يكون له حكم المستقبل، فلا عقد في صورة التعاطي»[١]، ويقول الشيرازي أحد فقهاء الشافعية: «فأما المعاطاة فلا ينعقد بها البيع»[٢]. ويقول العاملي أحد فقهاء الشيعة: «المعاطاة في البيوع والإجارات ونحوها ليست من العقود قطعاً، لأنها إباحة محضة لا يشترط فيها شيء من شروط البيع، لا كما توهمه الشهيد»[٣]. ولكن هذه الفكرة البدائية لم تسد في الفقه الإسلامي، وفقهاء الحنفية عامة يجيزون العقد بالتعاطي. وسنعود إلى بيع التعاطي بتفصيل أوسع عند الكلام في صيغة العقد.

وأما أن الإرادة المنفردة ليست بعقد، فهذه قاعدة لم يكن حظها من التحرير حظ القاعدة الأولى كما أسلفنا القول يوجد حقاً فريق من الفقهاء يلتزمها في كثير من الدقة، من ذلك ما يقوله الدسوقي أحد فقهاء المالكية: «العقود هي ما تتوقف على إيجاب وقبول، وأما غيرها من الطلاق وما بعده فهي إخراجات ولا تتوقف على إيجاب وقبول»[٤]. ويقول النجفي أحد فقهاء الشيعة: «العقد شرعاً قول من المتعاقدين أو قول من أحدهما، وفعل من الآخر رتب الشارع الأثر المقصود عليه. وتعريف الأولى العقود بأنها المشتملة على الإيجاب والقبول أو بأنها المشتملة على رضا الطرفين أو بأنها المتضمنة لقصد من الجانبين، وتعريف الثانية (الإيقاعات) بأنها إيجابات أو بأنها قصد من جانب واحد أو بأنها رضا»[٥]. وجاء في «**تفسير الألوسي**»: «أصل العقد الربط محكماً، ثم تجوز به من العهد الموثق. وفرق الطوسي بين العقد والعهد بأن العقد فيه معنى الاستيثاق والشد ولا يكون إلاّ بين اثنين، والعهد قد ينفرد به واحد»[٦]. ولكن هذا التحري في تمييز العقد عن الإرادة المنفردة لم يمنع عامة الفقهاء من إطلاق لفظ العقد على كل من الاثنين دون تمييز بينهما، ويعممون اللفظ ليشمل كل تصرف «استبد به واحد أواشترك فيه أكثر من واحد». فيتكلمون في عقد الوصية، ويناقشون هل عقود الهبة والعارية والقرض والكفالة والرهن تنعقد بإيجاب وقبول أم تنعقد بالإيجاب وحده. وعندما يعرضون لبيان ما يصح تعليقه من العقود وما لا يصح، وما تبطله الشروط الفاسدة وما لا تبطله، يتناولون كل التصرفات دون تمييز بين عقد وإرادة منفردة،

---

(١) حاشية سعدي حلبي على «**شرح العناية**» على «**الهداية**» (٥/ ١٧٢).

(٢) «**المهذب**» للشيرازي (١/ ٢٥٧).

(٣) «**مفتاح الكرامة**» للعاملي (٤/ ٣) ويشير الأستاذ شفيق شحاته في كتابه «**النظرية العامة للالتزامات في الشريعة الإسلامية**» (١/ ١٢٤) إلى هذا المعنى.

(٤) «**الدسوقي على الشرح الكبير**».

(٥) النجفي في «**العقود**» (٢).

(٦) «**تفسير الألوسي**» (٢٢/ ٢٣٩).

فيذكرون الطلاق والعتق والإبراء والوقف كما يذكرون البيع والإجارة والقسمة والنكاح والخلع[١].

على أن هناك طائفة من التصرفات في الفقه الإسلامي تتم بالتراضي أي بإيجاب وقبول، ولكن إذا امتنع من وجه إليه الإيجاب عن القبول حل القاضي محله في ذلك، فيتم التصرف إما بالتراضي أو بالتقاضي. من ذلك الرجوع في الهبة، يتم بتراضي الواهب والموهوب له أو بإرادة

---

(١) وجرى بعض الفقهاء المحدثين مجراهم. فيقسم الأستاذ أحمد إبراهيم، في كتابه «**المعاملات الشرعية المالية**» (١/٨١ و٢) العقود إلى عدة مجموعات هي: «١» المعاوضات ويندرج فيها جميع أنواع المبادلات، سواء كانت مالاً بمال كالبيع، أم مالاً بمنفعة كالإيجارات، أم مالاً بغير مال ولا منفعة كالزواج والخلع. فالمهر ليس ركناً في عقد الزواج بل هو من أحكامه، وبدل الخلع لأجل أن تملك الزوجة عصمتها وتخلص من قيد الزوجية. «٢» التبرعات كالهبة والوصية والإعارة والإبراء من الدين المحاباة في البيع والشراء والكفالة والحوالة في بعض صورها. «٣» ما يكون تبرعاً ابتداء ومعاوضة انتهاء كالإقراض والكفالة بأمر المكفول عنه والحوالة في بعض صورها. «٤» الإسقاط كالوقف والطلاق والعتاق والإبراء من الدين وتسليم الشفعة بعد ثبوتها. «٥» الإطلاقات كالإمارة والقضاء والوكالة والمضاربة والطلاق والعتاق والإيضاء والإذن للصبي بالتجارة. «٦» التقييدات كعزل الوكيل والحجر على الصبي.

وهذه جملة من التصرفات تدل على أن الفقه الإسلامي يوافق في نظرية التصرف القانوني أحدث المذاهب الفقهية الغربية، فمن هذه التصرفات ما هو عقد، ومنها ما هو إرادة منفردة، ومنها ما هو قرار إداري، ومنها ما هو حكم قضائي.

ويناقش الاستاذ أحمد إبراهيم، في مقال له في العقود والشروط والخيارات («**مجلة القانون والاقتصاد**» السنة الرابعة ٦٢٢ ـ ٦٤٥) المسألة على الوجه الآتي: «فهل تسمى هذه التصرفات التي تتم بالإيجاب وحده من إعتاق وطلاق وإبراء ونحوها عقوداً ولا تسمى بذلك؟ لا شك في أنها عقود بالمعنى الأعم للعقد، إذ هي أمور وقعت في نفس الملتزم أولاً وعقد عليها نيته وعزم عليها عزماً أكيداً، ثم أبان عنها باللفظ أو مما يقوم مقامه. وإذن يكون للعقد معنى عام يتناول جميع التصرفات والالتزامات التي تترتب عليها آثار شرعية وقد تتم بإرادة واحدة أو بأكثر، ومعنى خاص قاصر على ما لا يتم فيه العقد إلاّ بإيجاب وقبول في عقود المعاوضات، وهي في الحقيقة التزامات معلقة على التزامات أخرى ومتوقعة على وجودها وتحقيقها، فالالتزام فيها حاصل من الطرفين، كل يلتزم للآخر بما ألزم به نفسه».

على أن بعضاً آخر من الفقهاء المحدثين، ولعله تأثر في ذلك بالفقه الغربي، يحرص على التمييز ما بين العقد والإرادة المنفردة، من هؤلاء الأستاذ علي الخفيف، قال في كتابه «**أحكام المعاملات الشرعية**» (١٣٨): «ومن هذا يتبين أن المناط في وجود العقد على وجه الإجمال هو التحقق من وجود إرادتي العاقدين وتوافقهما على إنشاء التزام بينهما بما يدل على ذلك من عبارة أو كتابة أو إشارة أو فعل... وعلى ذلك فالعقد عند الفقهاء لا يكون إلاّ بين طرفين ولا يكون بين طرف واحد. وإذا كان من طرف واحد لم يكن عقداً وإنما يسمى التزاماً أو تصرفاً، وقد يسمى عقداً تسمية لغوية فالوقوف على هذا ليس بعقد لأنه يتم من المالك وحده دون أن يشاركه فيه شخص آخر كذلك الطلاق المجرد عن المال ليس عقداً، وكذلك العتق والتنازل عن الحقوق كالتنازل عن حق الشفعة والتنازل عن حق المرور أو حق المسيل أو عن رد المبيع بسبب عيب يظهر فيه، كل ذلك لا يسمى عقداً وإنما يسمى تصرفاً أو التزاماً من طرف واحد إن كان ملزماً، فإن لم يكن ملزماً كان وعداً كأن يقول لك صديق سأقرضك عشرين جنيهاً مثلاً (انظر أيضاً الأستاذ محمد أبو زهرة في «**الملكية ونظرية العقد**» (١٧١ ـ ١٧٣) وقارن الأستاذ محمد يوسف موسى في «**الأموال ونظرية العقد في الفقه الإسلامي**» (٢٥٠ ـ ٢٥٣).

الواهب مقترنة بحكم القضاء. ومن ذلك الأخذ بالشفعة يكون بتراضي الشفيع والمشتري أو بإرادة الشفيع وحكم القاضي، ومن ذلك نفقة الزوجية، لا تصبح ديناً صحيحاً إلاّ بالتراضي أو بقضاء القاضي ومن ذلك نفقة الأقارب، لا تصبح ديناً صحيحاً إلاّ بالتراضي أو بالتقاضي مع الإذن في الاستدانة ثم الاستدانة فعلاً، وبيع مال الدين جبراً عنه يحل فيه قضاء القاضي محل إرادة المدين[١] وهناك تصرفات تتم بإرادة منفردة ولكنها ترتد بالرد. كالإبراء والوصية. فالتدرج ملحوظ في الفقه الإسلامي بين الإرادتين المتطابقتين، ثم الإرادتين اللتين قد يحل محل إحداهما قضاء القاضي، ثم الإرادة المنفردة التي ترتد بالرد، ثم الإرادة المنفردة المحضة. هذه كلها تصرفات ينعزل بعضها عن بعض انعزالاً تامّاً، مع تدرج هو غاية الإبداع في الصناعة الفقهية.

ثالثاً: تعريف العقد ينم عن النزعة الموضوعية التي تسود الفقه الإسلامي:

تعريف العقد الذي نقلناه عن «**مرشد الحيران**» ينم عن النزعة الموضوعية التي تسود الفقه الإسلامي دون النزعة الذاتية[٢]. فالعقد هو ارتباط الإيجاب بالقبول، لا من حيث أنه ينشىء التزامات شخصية في جانب المتعاقدين وهذا هو المعنى البارز في النزعة الذاتية[٣]، بل من حيث أنه يثبت أثره في المعقود عليه أي يغير المحل من حالة إلى حالة، وهنا تبرز النزعة الموضوعية التي أشرنا إليها[٤]، وسنرى أن هذه النزعة الموضوعية التي سادت الفقه الإسلامي لها أثر كبير في مبادئه الأساسية وفي تفصيلات أحكامه، وهي التي جعلته يأخذ بالإرادة الظاهرة دون الإرادة الباطنة[٥].

---

(١) وكذلك القسمة تكون بالتراضي أو بالتقاضي. ويقرب ذلك مما أسلفناه عن المنزلة الوسطى بين الرخصة والحق. أما الرجوع بالنفقة التي أذن فيها القاضي في اللقطة والوديعة وبعض أحوال الإثراء بلا سبب فيختلف عما تقدم في أن مصدر الالتزام هنا واقعة قانونية لا تصرف قانوني.

(٢) والنزعة الموضوعية هي التي تسود أيضاً الفقه الألماني والفقه الإنجليزي، بخلاف الفقه اللاتيني المشتق من القانون الروماني فإن النزعة الذاتية هي التي تسوده.

(٣) وعلى هذا جرى تعريف العقد في القوانين اللاتينية.

(٤) ويشير الأستاذ شفيق شحاتة إلى هذا المعنى في كتابه «**النظرية العامة للالتزامات في الشريعة الإسلامية**» (١٢٣ ـ ١٢٤)، فيقول: «وإذا رجعنا إلى التعريف الشائع في كتب الفقه لا نتبين منه أن العقد مصدر من مصادر الالتزامات. فليس التعريف على أنه توافق إرادتين منشىء للالتزامات، بل على أنه توافق إرادتين يظهر أثره في المعقود عليه، أي يؤدي إلى تحويل شيء من حال إلى حال. وتعريفه بهذه الكيفية أثر من آثار النزعة الشيئية أو المادية، في الفقه الإسلامي. وهذه النزعة جعلت الفقهاء ينظرون هنا إلى النتائج الأخيرة للعقد، ويتخطون النتائج الأولى لانعقاد العقد، وكثيراً ما يشبه هذا التعريف، التعريف الذي أورده بولوك للعقد في الفقه الإنجليزي».

(٥) وقد جارى التقنين المدني العراقي الجديد الفقه الإسلامي في تعريفه للعقد. فنصت المادة ٧٣ من هذا التقنين على أن العقد هو ارتباط الإيجاب الصادر من أحد العاقدين بقبول الآخر على وجه يثبت أثره في المعقود عليه». ولم يعرف التقنين المدني المصري ولا التقنين المدني السوري للعقد تجنباً للتعريفات الفقهية. أما تقنين الالتزامات والعقود اللبناني فقد جرى على خطة القوانين اللاتينية ونزعتها الشخصية في تعريفه للاتفاق

٢ ـ تقسيمات العقد

العقود المذكورة في كتب الفقه الإسلامي:

لم يضع فقهاء الشريعة الإسلامية تقسيماً للعقد في ذاته، بل تناولوا عقود أسموها عقداً عقداً ولم يراعوا في ترتيبها فكرة معينة أو صلة ظاهرة بين متقدم ومتأخر. ويكفي أن نورد على سبيل المثال كتاباً فقهيّاً يعتبر من أبرز كتب الفقه الإسلامي، وهو كتاب **«البدائع»** للكاساني في الفقه الحنفي، نراه قد تكلم في العقود على الترتيب الآتي:

١ ـ الإجارة. ٢ ـ الاستصناع. ٣ ـ البيع. ٤ ـ الكفالة. ٥ ـ الحوالة. ٦ ـ الوكالة. ٧ ـ الصلح. ٨ ـ الشركة. ٩ ـ المضاربة. ١٠ ـ الهبة. ١١ ـ الرهن. ١٢ ـ المزارعة. ١٣ ـ المعاملة (المساقاة). ١٤ ـ الوديعة. ١٥ ـ العارية. ١٦ ـ القسمة. ١٧ ـ الوصايا. ١٨ ـ القرض.

وإذا وقفنا عند هذه العقود التي أوردها الكاساني، كان علينا أن نجيب على سؤالين:

السؤال الأول: كيف نرتب هذه العقود ترتيباًمنطقياً تلتزمه في إيرادها عقداً بعد عقد؟.

والسؤال الثاني: ألا يوجد في الفقه الإسلامي عقود أخرى غير هذه العقود؟ وبوجه عام هل عرف الفقه الإسلامي مبدأ حرية التعاقد، فيجوز بإيجاب وقبول، التعاقد على أي أمر لا يخالف النظام العام ولا الآداب؟.

الترتيب المنطقي للعقود:

للفقهاء في هذا الصدد تقسيمات متعددة يقفون في كل تقسيم منها عند اعتبار معين.

فتارة يقفون عند اعتبار العوض وجوداً وعدماً، فيقسمون العقود إلى عقود معاوضة وعقود تبرع وعقود هي تبرع ابتداء ومعاوضة انتهاء، فيدخل في عقود المعاوضة الإجارة والاستصناع والبيع والصلح والشركة والمضاربة والمزارعة والمساقاة والقسمة. ويدخل في عقود التبرع الهبة والعارية والوديعة. ويدخل في عقود التبرع ابتداء والمعارضة انتهاء الكفالة والحوالة والوكالة والرهن والقرض[١].

وتارة يقولون بتقسيمات أخرى كالودائع (الوديعة والعارية والرهن والشركة) والوكالات (الوكالة والشركة والمضاربة) والتوثيقات (الكفالة والحوالة والرهن).

وأخيراً قد يقفون عند المحل الذي يقع عليه التعاقد. وهذا في نظرنا خير معيار للتقسيم.

والعقد، فنص في المادة ١٦٥ على أن «الاتفاق هو كل توافق إرادتين يقصد به إحداث آثار قانونية، فإذا كان الاتفاق يرمي إلى إنشاء روابط ملزمة سمي بالعقد».

(انظر أيضاً المذكرة الإيضاحية لمشروع التقنين المدني المصري وما ورد فيها بصدد تعريف العقد).

(١) ومن الفقهاء من يضيف إلى هذا التقسيم أنواعاً أخرى من التصرفات، هي الإسقاطات والإطلاقات والتقييدات، ويستعملون العقد بمعناه الأعم، أي بمعنى التصرف القانوني عقداً كان أو إرادة منفردة (انظر كتاب **«المعاملات الشرعية المالية»** للأستاذ أحمد إبراهيم ١/٨١ وقد سبقت الإشارة إلى ذلك).

وقد لجأ صاحب «**مرشد الحيران**» إلى هذا المعيار كما رأينا، فنص في المادة ٢٦٣ على أنه «يصح أن يرد العقد على الأعيان منقولة كانت أو عقاراً لتمليكها بعوض أو بغير عوض». ونص في المادة ٢٦٤ على أنه «يصح أن يرد العقد على الأعيان لحفظها وديعة أو لاستهلاكها بالانتفاع بها قرضاً ورد بدلها». ونص في المادة ٢٦٥ على أنه «يجوز ورود العقد على منافع الأعيان للانتفاع بها بعوض إجارة أو بغير عوض ورد عينها لصاحبها». ونص في المادة ٢٦٦ على أنه «يصح أن يرد العقد على عمل معين من الأعمال الصناعية أو على خدمة معينة»(١).

مبدأ حرية التعاقد في الفقه الإسلامي:

بقي السؤال الثاني وهو الأهم: هل العقود في الفقه الإسلامي مذكورة على سبيل الحصر؟.

يبدو لأول وهلة أنها كذلك. ففي كتب الفقه لا نجد نظرية عامة للعقد، بل نجد على النقيض من ذلك عقوداً مسماة تأتي عقداً بعد عقد على ترتيب غير منطقي. ويختلف هذا الترتيب في كتاب عنه في كتاب آخر. حتى ليظن الباحث أن الفقه الإسلامي لا يعرف إلاّ هذه العقود المسماة، وأن أي اتفاق لا يدخل تحت عقد من هذه العقود لا يكون مشروعاً.

ولكن هذه النظرة إلى الفقه الإسلامي نظرة سطحية. فإن الباحث يلمح من خلال الأحكام التي يقررها الفقهاء في صدد هذه العقود المسماة أنهم يسلمون بإمكان أن يمتزج عقدان أو أكثر من هذه العقود في عقد واحد، يجمع بين خصائص العقود التي امتزجت فيه. بل يلمح أن هناك قاعدة فقهية مسلمة، هي أن المسلمين عند شروطهم، وأن كل اتفاق تتوافر فيه الشروط التي يقررها الفقه

---

(١) وقد نقل التقنين المدني العراقي الجديد هذا التقسيم عن «**مرشد الحيران**»، فنصت المادة ٧٤ على أنه «يصح أن يرد العقد:

١ ـ على الأعيان منقولة كانت أو عقاراً لتمليكها بعوض بيعاً أو بغير عوض هبة ولحفظها وديعة أو لاستهلاكها بالانتفاع بها قرضاً.

٢ ـ وعلى منافع الأعيان للانتفاع بها بعوض إجارة أو بغير عوض إجارة.

٣ ـ وعلى عمل معين أو على خدمة معينة».

أما التقنين اللبناني للالتزامات والعقود فقد لجأ إلى تقسيمات الفقه الغربي، فقسم العقود، في المادة ١٦٧ إلى عقود ملزمة لجانب واحد وعقود ملزمة للجانبين، وإلى عقود معاوضة وعقود تبرع، وإلى عقود رضائية وعقود شكلية، وإلى عقود مساومة وعقود إذعان، وإلى عقود فردية وعقود جماعية، وإلى عقود كسب وعقود توثيق، وإلى عقود مسماة وعقود غير مسماة.

ولم يورد التقنين المدني المصري والتقنين المدني السوري تقسيمات ما، إذ هي ـ كما تقول المذكرة الإيضاحية للتقنين المدني المصري ـ أدخل في باب الفقه منها في ميدان التشريع، ولكن التقنينين أوردا العقود المسماة على ترتيب منطقي وقفا فيه عند المحل الذي يقع عليه التعاقد. فهناك عقود تقع على الملكية وهل البيع والهبة والشركة والقرض والصلح، وعقود، تقع على الانتفاع، بالشيء وهي الإيجار والعارية، وعقود ترد على العمل وهي المقاولة وعقد العمل والوكالة والوديعة والحراسة، وهناك عقود الغرر وهي المقامرة والرهان وعقد التأمين، وهناك عقد توثيق وهو الكفالة، وترك عقد الرهن إلى جانب سائر التأمينات العينية.

الإسلامي يكون عقداً مشروعاً. ويكفي أن نشير إلى ما جاء في **«البدائع»** في هذا الصدد: وروي عن النبي عليه الصلاة والسلام أنه قال: «المسلمون عند شروطهم»، فظاهره يقتضي لزوم الوفاء بكل شرط إلاّ ما خص بدليل، لأنه يقتضي أن يكون كل مسلم عند شرطه وإنما يكون كذلك إذا لزمه الوفاء به. . . وهذا لأن الأصل أن تصرف الإنسان يقع على الوجه الذي أوقعه إذا كان أهلاً للتصرف والمحل قابلاً وله ولاية عليه»[١].

ومن ثم فما ذكره الفقهاء من العقود المسماة، إنما هي العقود التي يغلب أن يقع بها التعامل في زمنهم فإذا استحدثت الحضارة عقوداً أخرى توافرت فيها الشروط المقررة فقهاً، كانت عقوداً مشروعة. وعلى هذه السياسة الشرعية جرى التقنين المدني العراقي الجديد. فقد عددت المادة ٧٤ منه أنواع العقود تبعاً لمحلها كما وردت في نصوص **«مرشد الحيران»** التي سبق ذكرها. ثم أعقب ذلك نص عام، هو المادة ٧٥، وقد جرت على الوجه الآتي: «**يصح** أن يرد العقد على أي شيء آخر لا يكون الالتزام به ممنوعاً بالقانون أو مخالفاً للنظام العامْ أو للآداب».

على أن دائرة النظام العام في الفقه الإسلامي أوسع منها في الفقه الغربي. فتحريم العقود الربوية وتحريم عقود الغرر يوسعان كثيراً من هذه الدائرة في الفقه الإسلامي. كذلك نظرية الشرط المقترن بالعقد تزيد في توسيع الدائرة إلى حد بعيد. فالأصل إذن في الفقه الإسلامي هو حرية التعاقد في حدود النظام العام، إلاّ أن كثرة القواعد التي تعتبر من النظام العام تضيق من هذه الحرية[٢].

---

(١) **«البدائع»** (٥/ ٢٥٩).

(٢) انظر في هذه المسألة **«النظرية العامة للالتزامات في الشريعة الإسلامية»** للأستاذ شفيق شحاتة (١٢٥ ـ ١٣٠).

الباب الأول

أركان العقد

أركان العقد في الفقه الغربي هي التراضي والمحل والسبب، ويعقب ذلك نظرية البطلان. فنستعرض كل هذا في الفقه الإسلامي

الفصل الأول

التراضي

وجود التراضي وصحته:

يميز الفقه الغربي بين وجود التراضي وصحته. فنستعرض ذلك في الفقه الإسلامي.

الفرع الأول

وجود التراضي

صيغة العقد وتطابق الإرادتين:

نستعرض هنا:

١ ـ صيغة العقد.

٢ ـ تطابق الإرادتين في مجلس العقد.

المبحث الأول

صيغة العقد

عناية الفقهاء بصيغة العقد:

يكثر الفقهاء من الكلام في صيغة العقد. فقد عنوا بهذه المسألة عناية كبيرة. ذلك أن الفقه الإسلامي نزعته موضوعية (objectif) كما قدمنا. وأول أثر لهذه النزعة أنه يقف عند الإرادة الظاهرة دون الإرادة الباطنة.

ولما كانت الإرادة الظاهرة هي المظهر الخارجي للتعبير عن الإرادة الباطنة، فقد وقف الفقهاء عند هذا المظهر الخارجي. والمظهر الذي يعتدون به في الأصل هو اللفظ. فاللفظ أولاً ـ قبل الكتابة وقبل الإشارة وقبل أي مظهر خارجي آخر نستخلص منه الإرادة ـ هو الذي يعبر عن الإرادة الباطنة. فاللفظية والإرادة الظاهرة تمتزجان معاً في صيغة العقد، ويخلص منهما أن اللفظ هو أول أداة يعول عليها في هذه الصيغة، وأن اللفظ يؤخذ بمعناه الظاهر، فإذا كان هذا المعنى واضحاً فلا محل بعد ذلك للبحث عن النية أو عن الإرادة الباطنة. واللفظ ـ لا في صيغة العقد وحدها بل أيضاً في الإثبات حيث الشهادة تعلو على الكتابة ـ هو الشيء الثابت الذي يقف عنده الفقه الإسلامي. ويؤثره على الكتابة وغيرها من مظاهر التعبير عن الإرادة مما لم يكن في حضارة العصور الماضية ثابتاً مستقراً، إذ لم تكن الكتابة منتشرة في تلك العصور، وما كان يتداول منها لا يؤمن فيه الزيغ أو الزلل.

فلننظر الآن في نصوص الفقه الإسلامي كيف يكون التعبير عن الإرادة باللفظ، ثم بغيره من مظاهر التعبير الأخرى.

المطلب الأول

التعبير عن الإرادة باللفظ

صيغة العقد اللفظية

١ ـ الأخذ بالإرادة الظاهرة إذا كانت واضحة

صيغ الماضي والمضارع والأمر والاستفهام والاستقبال

صيغ الحال والاستقبال:

يؤثر الفقه الإسلامي صيغة الماضي لانعقاد العقد. ذلك أن صيغة الماضي هي المظهر الواضح للتعبير عن الإرادة في مرحلتها النهائية، إرادة قد جاوزت دور التردد والتفكير والمفاوضة والمساومة إلى دور الجزم والقطع والبت والحسم. أما صيغ المضارع والأمر والاستقبال والاستفهام، فلأنها تحتمل الحال والاستقبال، ولأن الصيغة لا بد من أن تتمحض للحال دون الاستقبال، لذلك وجب الرجوع في هذه الصيغ إلى الظروف والملابسات، فإن دلت الصيغة بطريق الاقتضاء على الحال انعقد العقد.

ونقل عن «**البدائع**»[١] ما هو صريح في هذا المعنى:

«الإيجاب والقبول قد يكون بصيغة الماضي، وقد يكون بصيغة الحال».

«أما بصيغة الماضي فهي أن يقول البائع بعت ويقول المشتري اشتريت، فيتم الركن. لأن هذه الصيغة وإن كانت للماضي وضعاً، لكنها جعلت إيجاباً للحال في عرف أهل اللغة والشرع، والعرف قاض على الوضع. وكذا إذا قال البائع خذ هذا الشيء بكذا أو أعطيته بكذا أو هو لك بكذا أو بذلتكه بكذا، وقال المشتري قبلت أو أخذت أو رضيت أو هويت ونحو ذلك، فإنه يتم الركن. لأن كل واحد من هذه الألفاظ يؤدي معنى البيع وهو المبادلة والعبرة للمعنى لا للصورة».

«وأما صيغة الحال فهي أن يقول البائع للمشتري أبيع منك هذا الشيء بكذا ونوى الإيجاب فقال المشتري اشتريت، أو قال المشتري أشتري منك هذا الشيء بكذا ونوى الإيجاب، أو قال البائع أبيعه منك بكذا وقال المشتري أتشتريه ونويا الإيجاب، يتم الركن وينعقد، وإنما اعتبرنا النية ههنا وإن كانت صيغة أفعل للحال هو الصحيح لأنه غلب استعمالها للاستقبال إما حقيقة أو مجازاً، فوقعت الحاجة إلى التعيين بالنية».

«ولا ينعقد بصيغة الاستفهام بالاتفاق، بأن يقول المشتري للبائع أتبيع مني هذا الشيء بكذا أو أبعته مني بكذا، فقال البائع بعت، لا ينعقد ما لم يقل المشتري اشتريت، وكذا إذا قال البائع للمشتري أتشتري مني هذا الشيء بكذا فقال اشتريت، لا ينعقد ما لم يقل البائع بعت».

---

(١) «**البدائع**» (٥/ ١٣٣ ـ ١٣٤).

«وهل ينعقد بصيغة الاستقبال وهي صيغة الأمر بأن يقول المشتري للبائع بع عبدك هذا مني بكذا فيقول بعت؟ قال أصحابنا رحمهم الله: لا ينعقد ما لم يقل المشتري اشتريت. وكذا إذا قال البائع للمشتري اشتر مني هذا الشيء بكذا فقال اشتريت. لا ينعقد ما لم يقل البائع بعت عندنا. وقال الشافعي رحمه الله: ينعقد. وجه قوله: أن هذه الصيغة تصلح شطر العقد في الجملة، ألا ترى أن من قال لآخر تزوج ابنتي فقال المخاطب تزوجت، أو قال زوج ابنتك مني فقال زوجت، ينعقد النكاح، فإذا صلحت هذه الصيغة شطراً في النكاح صلحت شطراً في البيع، لأن الركن في كل واحد منهما هو الإيجاب والقبول. ولنا: أن قوله بع أو اشتر طلب الإيجاب والقبول، وطلب الإيجاب والقبول لا يكون إيجاباً وقبولاً، فلم يوجد إلاّ أحد الشطرين، فلا يتم الركن، ولهذا لا ينعقد بلفظ الاستفهام لكون الاستفهام سؤال الإيجاب والقبول لا إيجاباً وقبولاً، كذا هذا. وهذا هو القياس في النكاح، إلاّ أنا استحسنا في النكاح بنص خاص، وهو ما روى أبو يوسف أن بلالاً خطب إلى قوم من الأنصار فأبوا أن يزوجوه، فقال لولا أن رسول الله ﷺ أمرني أن أخطب إليكم لم أخطب، فقالوا له أملكت، ولم ينقل أن بلالاً رضي الله عنه قال قبلت، فتركنا القياس هناك بالنص، ولا نص في البيع فوجب العمل بالقياس. ولأن هذه الصيغة مساومة حقيقة، فلا تكون إيجاباً وقبولاً حقيقة بل هي طلب الإيجاب والقبول، فلا بد للإيجاب والقبول من لفظ آخر يدل عليهما. ولا يمكن حمل هذه الصيغة على المساومة في باب النكاح، لأن المساومة لا توجد في النكاح عادة فحملت على الإيجاب والقبول. على أن الضرورة توجب أن يكون قول القائل زوج ابنتك مني شطر العقد، فلو لم تجعل شطر العقد لتضرر به الولي لجواز أن يزوج ولا يقبل المخاطب فيلحقه الشين، فجعلت شطراً لضرورة دفع الضرر عن الأولياء. وهذا المعنى في باب البيع منعدم، فبقيت سؤالاً، فلا يتم به الركن ما لم يوجد الشطر الآخر».

هذا ما جاء في «**البدائع**»، وهو يبسط في وضوح تام كيف تتصل صيغة العقد بالإرادة الظاهرة. ففي المذهب الحنفي ينعقد العقد بصيغة الحال لا بصيغة الاستقبال. ثم يستعرض الفقهاء، لتطبيق هذه القاعدة، الصيغ المختلفة: الماضي والمضارع والأمر والاستفهام والاستقبال.

صيغة الماضي:

أما صيغة الماضي فهي وإن كانت للماضي وضعاً، لكنها جعلت إيجاباً للحال في عرف أهل اللغة والشرع، والعرف قاض على الوضع كما يقول صاحب «**البدائع**». فصيغة الماضي إذن، بطبيعة وضعها في عرف اللغة والشرع، لفظ يتمحض للحال. فينعقد به العقد دون بحث عن النية، أخذاً بالإرادة الظاهرة، لأن الإرادة الظاهرة هنا واضحة، فلا يعدل عنها إلى الإرادة الباطنة، لأن الجري وراء نية العاقد والتحسس لما انطوت عليه سريرته أمر عسير.

واللفظية غير الشكلية. فإذا كان الفقه الإسلامي يؤثر اللفظ، فإنه لا يشترط لفظ «البيع» بل

أي لفظ يحمل معنى المبادلة يكفي ما دامت صيغته تتمحض للحال. ومن ثم يقول صاحب **«البدائع»**: «إذ قال البائع أعطيتك هذا الشيء بكذا، أو هو لك بكذا أو بذلتكه بكذا، وقال المشتري قبلت أو أخذت أو رضيت أو هويت ونحو ذلك، فإنه يتم الركن، لأن كل واحد من هذه الألفاظ يؤدي معنى البيع وهو المبادلة، والعبرة للمعنى لا للصورة.

ومن هنا نستخلص القاعدة الأولى: كل لفظ تتمحض صيغته للحال يأخذ فيه بالإرادة الظاهرة وينعقد به العقد، لأنه الإرادة الظاهرة هنا واضحة فلا يعدل عنها إلى الإرادة الباطنة.

صيغة المضارع:

وأما صيغة المضارع فتحتمل الحال والاستقبال. بل إن استعمالها غلب للاستقبال. إما حقيقة أو مجازاً. ومن ثم لا يؤخذ في هذه الصيغة بالإرادة الظاهرة، ويجب الرجوع إلى النية أي إلى الإرادة الباطنة. ولهذا رأينا صاحب **«البدائع»** يقول: وأما صيغة الحال فهي أن يقول البائع للمشتري أبيع منك هذا الشيء بكذا ونوى الإيجاب فقال المشتري اشتريت، أو قال المشتري أشتري منك هذا الشيء بكذا، ونوى الإيجاب، أو قال البائع أبيعه منك بكذا وقال المشتري أشتريه ونويا الإيجاب يتم الركن وينعقد. وإنما اعتبرنا النية ههنا وإن كانت صيغة أفعل للحال هو الصحيح لأنه غلب استعمالها للاستقبال إما حقيقة أو مجازاً، فوقعت الحاجة إلى التعيين بالنية».

ومن هنا نستخلص القاعدة الثانية: كل لفظ تحتمل صيغته الحال والاستقبال يؤخذ فيه بالإرادة الباطنة. لأن الإرادة الظاهرة هنا غير واضحة فوقعت الحاجة إلى التعيين بالنية، أي الأخذ بالإرادة الباطنة.

صيغ الأمر والاستفهام والاستقبال:

وأما صيغ الأمر والاستفهام والاستقبال فكلها عند الحنفية صيغ تتمحض للاستقبال، فلا ينعقد بها العقد ولو نوى الإيجاب.

أما صيغة الأمر فهي عند الحنفية طلب للإيجاب والقبول، وليست إيجاباً وقبولاً. فالإرادة الظاهرة هنا واضحة في عدم البت والقطع، ومن ثم لا ينعقد بها العقد: فإذا قال المشتري للبائع - كما جاء في **«البدائع»** - بع عبدك هذا مني بكذا فيقول البائع بعت، لا ينعقد العقد ما لم يقل المشتري اشتريت وإذا قال البائع للمشتري اشتر مني هذا الشيء بكذا فقال اشتريت، لا ينعقد ما لم يقل البائع بعت.

وأما صيغة الاستفهام فهي صيغة تمحضت للاستقبال، فلا ينعقد بها العقد، وقد رأينا صاحب **«البدائع»** يقول في هذا الصدد: «ولا ينعقد بصيغة الاستفهام بالاتفاق، بأن يقول المشتري للبائع أتبيع مني هذا الشيء بكذا أو أبعته مني بكذا فقال اشتريت لا ينعقد ما لم يقل البائع بعت».

وأما صيغة الاستقبال، وهي الصيغة المقرونة بالسين وسوف، فواضح أنها تمحضت للاستقبال. فلا ينعقد بها العقد، جاء في **«الفتاوي الهندية»**: «وأما ما تمحض للاستقبال كالمقرون

بالسين وسوف . . . فلا ينعقد به»[١].

ومن هنا نستخلص القاعدة الثالثة: كل لفظ تتمحض صيغته للاستقبال يؤخذ فيه بالإرادة الظاهرة، ولا ينعقد به العقد، لأن الإرادة الظاهرة هنا واضحة فلا يعدل عنها إلى الإرادة الباطنة. فلو نوى العاقد الإيجاب، ولكنه استعمل صيغة تتمحض للاستقبال، لا ينعقد العقد.

المبدأ العام:

ونضع الآن القواعد الثلاث التي استخلصناها جنباً إلى جنب، لنخرج منها بمبدأ عام.

فالقاعدة الأولى: تقضي بأن كل لفظ تتمحض صيغته للحال، يؤخذ فيه بالإرادة الظاهرة وينعقد به العقد، لأن الإرادة الظاهرة هنا واضحة فلا يعدل عنها إلى الإرادة الباطنة.

والقاعدة الثانية: تقضي بأن كل لفظ تحتمل صيغته الحال والاستقبال يأخذ فيه بالإرادة الباطنة لأن الإرادة الظاهرة هنا غير واضحة، فتعين الأخذ بالنية وهي الإرادة الباطنة.

والقاعدة الثالثة: تقضي بأن كل لفظ تتمحض صيغته للاستقبال يؤخذ فيه بالإرادة الظاهرة ولا ينعقد به العقد، لأن الإرادة الظاهرة هنا واضحة فلا يعدل عنها إلى الإرادة الباطنة.

والمبدأ العام الذي نخرج به من مجموع هذه القواعد الثلاث هو ما يأتي:

الأصل في صيغة العقد هو الأخذ بالإرادة الظاهرة إذا كانت هذه الإرادة واضحة، فإن تمحضت الصيغة للحال انعقد العقد، وإن تمحضت للاستقبال لا ينعقد، وإذا كانت الإرادة الظاهرة غير واضحة، بأن احتملت الصيغة الحال والاستقبال، تعين الرجوع إلى النية أي إلى الإرادة الباطنة فإن انصرفت هذه الإرادة إلى الإيجاب انعقد العقد، وإلاّ لم ينعقد.

٢ ـ استعراض النصوص الفقهية

في صيغة العقد اللفظية

هذا المبدأ العام الذي خرجنا به نضع أمامه الآن النصوص التي وردت في كتب الفقه الإسلامي في هذه المسألة. لنرى هل يستقيم معها.

المذهب الحنفي:

جاء في **«الهداية»**: «البيع ينعقد بالإيجاب والقبول إذا كان بلفظي الماضي، مثل أن يقول أحدهما بعت والآخر اشتريت، لأن البيع إنشاء تصرف، والإنشاء يعرف بالشرع والموضوع للإخبار قد استعمل فيه فينعقد به. ولا ينعقد بلفظين أحدهما لفظ المستقبل والآخر لفظ الماضي، بخلاف النكاح»[٢].

---

(١) **«الفتاوي الهندية»** (٣/ ٤).

(٢) انظر **«فتح القدير»** (٥/ ٧٤ ـ ٧٥).

وقد حاول صاحب **«فتح القدير»**، في شرحه **«للهداية»**، أن يجعل العبرة دائماً بالنية لا بالصيغة، فيعدل بذلك عن الإرادة الظاهرة إلى الإرادة الباطنة. وننقل ما يقول في هذا الصدد: «لا يثبت بلفظ البيع حكمه إلاّ إذا أراده به. وحينئذٍ فلا فرق بين بعت وأبيع في توقف الانعقاد به على النية. ولذا لا ينعقد بلفظ بعت هزلاً. فلا معنى لقوله ينعقد بلفظ الماضي ولا ينعقد بالمستقبل ثم تقييده بما إذا لم ينوبه، فإنه ينعقد به في الماضي وغيره بالنية، ولا ينعقد بالماضي وغيره بلا نية.. واعلم أن عدم الانعقاد بالمستقبل هو إذا لم يتصادقا على نية الحال، أما إذا تصادقا على نية البيع في الحال فينعقد به في الفضاء، لأن صيغة الاستقبال تحتمل الحال فيثبت بالنية»[1]. فصاحب **«فتح القدير»** يحاول العدول عن المعايير الموضوعية التي وضعها الفقهاء. وهي الصيغة التي تتمحض للحال والصيغة التي تتمحض للاستقبال، وأن يجعل النية ـ أي الإرادة الباطنة ـ هي المعيار، فصيغة الماضي دون النية لا ينعقد بها العقد كما في الهزل، وصيغة الاستقبال إذا اقترنت بها النية ينعقد بها العقد.

على أن هذه المحاولة لم تنجح، فإن الفقهاء بقوا يرددون المعايير الموضوعية ويقفون عند الصيغ. وهم في ذلك غير غافلين عن أن العبرة في التصرفات بالإرادة لا بالصيغة، ولكنهم يستخلصون الإرادة من الصيغة، لأن الإرادة التي يعتدون بها هي الإرادة الظاهرة، لا الإرادة الباطنة وذلك حتى يستقر التعامل وغني عن البيان أن الصيغة إذا تمحضت لمعنى معين، وجب الوقوف عند هذا المعنى باعتبار أنه هو الإرادة الظاهرة وليست الصيغة إلاّ قرينة على هذه الإرادة، ولكنها قرينة لا تقبل إثبات العكس. ومن ثم بقيت صيغة الحال ينعقد بها العقد دون بحث في النية، وصيغة الاستقبال لا ينعقد بها العقد دون اعتداد بالنية كذلك، والصيغة التي تحتمل الحال والاستقبال ينعقد بها العقد أو لا ينعقد تبعاً لقيام النية أو عدم قيامها. وبقي الفقهاء يواصلون ترديد هذه القواعد.

من ذلك ما جاء في **«الفتاوى الهندية»**: «قال أصحابنا رحمهم الله: كل لفظين ينبئان عن التمليك والتملك على صيغة الماضي أو الحال ينعقد بهما البيع، كذا في **«المحيط»**، فارسية كانت أو عربية أو نحوهما، هكذا في **«التتارخانية»**. وينعقد بالماضي بلا نية وبالمضارع بها على الأصح، هكذا في **«البحر الرائق»**. فإذا قال البائع أبيع منك هذا العبد بألف أو أبذله أو أعطيكه وقال المشتري أشتريه منك أو آخذه، ونويا الإيجاب للحال، أو كان أحدهما بلفظ الماضي والآخر بالمستقبل مع نية الإيجاب للحال، فإنه ينعقد. وإن لم ينو لا ينعقد، هكذا في **«القنية»**. وإذا تمحض للحال، كأبيعك الآن، فلا يحتاج إليها. وأما ما تمحض للاستقبال كالمقرون بالسين وسوف أو الأمر فلا ينعقد به، إلاّ إذا دل الأمر على المعنى المذكور، كخذه بكذا فقال أخذته، فإنه كالماضي، كذا في **«النهر الفائق»**... ثم إذا كان بلفظ الأمر فلا بد من ثلاثة ألفاظ، كما إذا قال البائع اشتر مني فقال اشتريت فلا ينعقد ما لم يقل البائع بعت، أو يقول المشتري بع مني فيقول بعت، فلا بد من أن يقول ثانياً اشتريت، كذا في **«السراج الوهاج»**. ولا ينعقد بصفة الاستفهام

---

(١) **«فتح القدير»** (٥/ ٧٤ ـ ٧٥).

بالاتفاق»[١]. فها نحن نرى صاحب **«الهندية»** يردد ما سبقه إليه الفقهاء من القواعد التي تقدم ذكرها. ويزيد الأمر إيضاحاً في صيغتي المضارع والأمر. فصيغة المضارع التي تحتمل الحال والاستقبال قد تتمحض للحال إذا اقترن بها لفظ يدل على ذلك كلفظ «الآن»، وعند ذلك ينعقد العقد دون بحث في النية إذ أن الإرادة الظاهرة تصبح هنا واضحة فيؤخذ بها. وصيغة الأمر التي تتمحض عادة للمستقبل فلا ينعقد بها العقد. قد تتمحض في بعض صورها للحال، كما إذا قال البائع للمشتري خذ هذا بكذا فقال المشتري أخذته أو هاته فإن الأمر هنا تمحض للحال. فيؤخذ بالإرادة الظاهرة وينعقد العقد.

ومن ذلك أيضاً ما جاء في **«الزيلعي»**: «وينعقد بكل لفظ ينبىء عن التحقيق، كبعت أو اشتريت أو رضيت أو أعطيتك أو خذه بكذا»[٢]. فهنا استعمل الزيلعي صيغة الماضي وهي تتمحض للحال وصيغة «خذ» من صور صيغة الأمر وهي أيضاً تتمحض للحال فينعقد العقد بكلتا الصيغتين دون بحث في النية.

ومن ذلك أيضاً ما جاء في **«حاشية الشلبي»** على **«الزيلعي»**: «ثم اعلم أن اشتراط الإيجاب والقبول بأن يكونا بلفظ الماضي إذا لم توجد نية الحال من لفظ المستقبل، فإذا وجدت تنعقد بلفظ المستقبل أيضاً. . قال الكمال وكذا لفظ خذه بكذا ينعقد به إذا قبل بأن قال أخذته ونحوه، لأنه وإن كان مستقبلاً لكن خصوص مادته، أعني الأمر بالأخذ، يستدعي سابقة البيع: فكان كالماضي. . إلاّ أن استدعاء الماضي سبق البيع بحسب الوضع، واستدعاء «خذه» سبقه بطريق الاقتضاء. فهو كما إذا قال بعتك عبدي هذا بألف فقال فهو حر، عتق، ويثبت اشتريت اقتضاء، بخلاف ما لو قال هو حر بلا فاء، لا يعتق»[٣]. وهنا أيضاً يقف الشلبي عند المعنى الظاهر من الصيغة. وظهور المعنى إما أن يكون بحسب الوضع كما في صيغة الماضي، وإما أن يكون بطريق الاقتضاء كما في بعض صور الأمر، وكما إذا قرن العبارة بحرف الفاء فيدل اقتضاء على معنى الإيجاب. فالمسألة إذن ليست مسألة ألفاظ توفيقية تدخل في نطاق الشكلية، بل هي مسألة معان تستخلص من الألفاظ والصيغ تغليباً للإرادة الظاهرة على الإرادة الباطنة.

ومن ذلك أخيراً ما جاء في **«الدر»**: «وهما عبارة عن كل لفظين ينبئان عن معنى التملك والتمليك ماضيين كبعت واشتريت، أو حاليين كمضارعين لم يقرنا بسوف والسين كأبيعك فيقول اشتريه، أو أحدهما ماض والآخر حال، ولكن يحتاج الأول إلى نية بخلاف الثاني، فإن نوى به الإيجاب للحال صح على الأصح وإلاّ لا، إلاّ إذا استعملوه للحال كأهل خوارزم فكالماضي. وكأبيعك الآن لتمحضه للحال. وأما المتمحض للاستقبال فكالأمر لا يصح أصلاً. إلاّ الأمر إذا دل على الحال كخذه بكذا فقال أخذت أو رضيت، صح بطريق الاقتضاء»[٤].

---

(١) **«الفتاوي الهندية»** (٣/ ٤).

(٢) **«الزيلعي»** (٤/ ٤).

(٣) **«حاشية الشلبي»** على **«الزيلعي»** (٤/ ٤).

(٤) **«حاشية ابن عابدين»** (١٣/ ١٤).

وواضح أن ما جاء في «**الدر**» ليس إلاّ ترديداً لما تقدم ذكره. وعليه استقر المذهب الحنفي.

مذهب مالك:

وأما مذهب مالك فيتفق مع المذهب الحنفي في أن صيغة الماضي ينعقد بها العقد دون بحث في النية، فيؤخذ فيها بالإرادة الظاهرة، لأنها تتمحض للحال. ويتفق معه أيضاً في أن صيغة المضارع تتحمل الحال والاستقبال، ومن ثم لا تكون الإرادة الظاهرة واضحة فلا يؤخذ بها، ويتعين البحث عن النية أي عن الإرادة الباطنة، ويتفق معه أخيراً في صيغتي الاستفهام والاستقبال فهما يتمحضان للاستقبال ولا ينعقد بهما العقد. ولكن المذهبين يختلفان في صيغة الأمر، فإن هذه الصيغة عند الحنفية تتمحض للاستقبال كما رأينا، ولذلك لا ينعقد بها العقد (إلاّ في صورة خذ). أما عند مالك فصيغة الأمر إما تتمحض للحال. فينعقد بها العقد دون بحث في النية، أو في القليل تحتمل الحال والاستقبال إذ هي أقوي من صيغة المضارع في احتمال الحال تبعاً للعرف، فينعقد بها العقد إذا اقترنت بالنية. ويحلف من أتى بصيغة الأمر إذا أنكر أنه قصد الإيجاب.

هذه هي خلاصة عاجلة لمذهب مالك في هذه المسألة. ويبقى الآن أن نستعرض بعض نصوص المذهب.

جاء في «**المدونة الكبرى**»: «قال سألت مالكاً عن الرجل يقف بالسلعة في السوق، فيأتيه الرجل فيقول بكم سلعتك هذه، فيقول بمائة دينار. فيقول قد أخذتها فيقول الرجل لا أبيعك، وقد كان أوقفها للبيع. أترى أن هذا يلزمه؟ قال: قال مالك يحلف بالله الذي لا إله إلاّ هو ما ساومه على الإيجاب في البيع ولا على الإمكان. وما ساومه إلاّ على كذا وكذا لأمر يذكره غير الإيجاب، فإذا حلف على ذلك كان القول قوله، وإن لم يحلف لزمه البيع»[١]. وظاهر مما جاء في المدونة أن صيغة غير صيغة الماضي قد ينعقد بها البيع. فالبائع في المثل المتقدم لم يقل بعت، بل قال سلعتي بمائة دينار. ولكن اقترن بهذه الصيغة وقوفه في السوق بالسلعة ليبيعها، فيفترض أنه أراد الإيجاب، إلاّ أن يحلف أنه لم يرده فيكون القول عند ذلك قوله بيمينه. ومؤدى ذلك أن الإرادة الظاهرة إذا لم تكن واضحة من الصيغة كما في هذا المثل، تعين البحث عن النية أي عن الإرادة الباطنة. والقاعدة عند مالك أن من يأتي بصيغة تحتمل الحال والاستقبال، كصيغة المضارع أو الصيغة التي وردت في المثل الذي نحن بصدده، يكون القول قوله بيمينه، فإن أنكر أنه نوى الإيجاب وحلف اليمين على ذلك لم يلزمه العقد، وإن نكل عن اليمين فإن العقد يلزمه.

وجاء في «**شرح الحطاب على خليل**»: «ليس للإيجاب والقبول لفظ معين، وكل لفظ أو إشارة فهم منها الإيجاب والقبول لزم به البيع وسائر العقود. إلاّ أن في الألفاظ ما هو صريح مثل بعتك بكذا فيقول قبلت، أو ابتعت منك فيقول بعت فهذا يلزمهما. وأما الألفاظ المحتملة فلا يلزم البيع بها بمجردها حتى يتنزل بها عرف أو عادة أو ما يدل على البيع، مثل أن يقول المبتاع بكم فيقول البائع بدينار، فيقول قبلت، فيقول البائع لا أبيعك، فإن كان في سوق تلك السلعة فروى

---

(١) «**المدونة الكبرى**» (١٠/ ٥١).

أشهب يلزمه البيع، وروى ابن القاسم يحلف ما ساومه على البيع، ولا يلزمه»[١]. ونرى من ذلك أن هناك قولاً في مذهب مالك، رواه أشهب، يذهب إلى أن دلالة وقوف الرجل بالسلعة في السوق قوية بحيث تكون قرينة لا تقبل النقض، وتتمحض الصيغة للحال، فينعقد العقد دون بحث في النية كما في صيغة الماضي. وهذا القول معقول كما هو ظاهر.

أما عن صيغتي الماضي والمضارع في مذهب مالك، فقد جاء في «**شرح الحطاب**» أيضاً ما يأتي: «وحاصله التفرقة بين أن تكون الصيغة بلفظ الماضي فتلزم، أو بلفظ المضارع فيحلف. ونحوه لابن عبد السلام، فقال حاصل كلامه إنه إن أتى بصيغة الماضي لم يقبل منه رجوع، وإن أتى بصيغة المضارع فكلامه محتمل فيحلف على ما أراده»[٢] وهذا يتفق مع مذهب الحنفي، فالماضي يتمحض للحال وينعقد به العقد، والمضارع يحتمل الحال والاستقبال فلا ينعقد به العقد إلاّ بالنية، فإن حلف على انعدامها فالقول قوله بيمينه.

أما عن صيغة الأمر، فقد قدمنا، أن هناك قولاً في مذهب مالك يقضي بأن هذه الصيغة تتمحض للحال كصيغة الماضي، فينعقد بها العقد دون بحث في النية، وفي هذا المعنى جاء في «**شرح الحطاب**»: «فإن قول المشتري لمن بيده سلعة يعني سلعتك بعشرة لا يدل صريحاً على إيجاب البيع من جهة المشتري، لأنه إما آمر للبائع أن يبيعه أو ملتمس منه ذلك، ويحتمل أن يكون راضياً به أو غير راضٍ. ولكن العرف دال على أن قائل ذلك طالب ومريد للبيع وراضٍ به لأن «بعني» صريح في أمر المشتري للبائع بالبيع واستدعائه منه وطلبه له وإرادته إياه وحصول مطلوب يصير به مبتاعاً. فإذا أجابه البائع بحصول مطلوبه، فقد تم له ما أراده من وجود البيع. وظاهر كلام المصنف أن البيع ينعقد في هذه المسألة، ويلزم المشتري، إذا أجابه البائع بما يدل على الرضاء ولو قال البائع بعد «بعتك» لا أرضى لأني لم أرد إيجاب البيع، وبعد قوله بعد ذلك لا أرضى ندماً»[٣]. ويتبين من ذلك أن صيغة الأمر تمحضت للحال، لا بطبيعة الوضع، بل بدلالة العرف.

وجاء في «**حاشية الدسوقي**» على «**شرح الدردير**» استعراض لصيغ الماضي والمضارع والأمر في مذهب مالك على الوجه الآتي[٤]: «والحاصل أن الماضي ينعقد به البيع اتفاقاً، ولا عبرة بقول من أتى به أنه لم يرد البيع أو الشراء ولو حلف. والمضارع إن حلف من أتى به أنه لم يرد البيع أو الشراء قبل قوله، وإلاّ لزم، وأما الأمر، فهل هو كالماضي وهو قول مالك وابن القاسم في غير المدونة، أو كالمضارع وهو قول ابن القاسم في «**المدونة**»؟ ولكن الأرجح والمعول عليه أن عليه اليمين لأنه قول ابن القاسم في «**المدونة**»». وإلى هنا يبدو أن الدسوقي، بعد أن بين أن صيغة الأمر اختلف فيها، هل هي كصيغة الماضي تتمحض للحال، أو هي كصيغة المضارع تحتمل الحال

---

(١) «**شرح الحطاب على خليل**» (٤/ ٢٢٩ ـ ٢٣٠).

(٢) «**شرح الحطاب على خليل**» (٤/ ٢٣٢).

(٣) «**شرح الحطاب على خليل**» (٤/ ٢٢٩).

(٤) «**حاشية الدسوقي**» على «**شرح الدردير**» (٣/ ٣ ـ ٤).

والاستقبال، رجح احتمالها للحال والاستقبال لأن هذا هو قول ابن القاسم في **«المدونة»**. ولكن الدسوقي يمضي في **«حاشيته»**، ويقرر أن صيغة الأمر، على العكس مما قدمه، إنما هي كصيغة الماضي تتمحض للحال بدلالة العرف لا بطبيعة الوضع، إذ يقول: «لأن المطلوب في انعقاد البيع ما يدل على الرضا، ودلالة الأمر على الرضا أقوى من دلالة المضارع عليه. لأن صيغة الأمر تدل على الرضا عرفاً، وإن كان في أصل اللغة محتملاً، بخلاف المضارع فإنه لا يدل عليه. والحاصل أن المطلوب في انعقاد ما يدل على الرضا عرفاً وإن كان محتملاً لذلك لغة، فالماضي لما كان دالاً على الرضا من غير احتمال انعقد البيع به من غير نزاع، والأمر كبعني إنما يدل لغة على الأمر بالبيع له أو التماسه منه إلاّ أنه محتمل لرضاه به وعدمه، لكن العرف دل على رضاه به، وحينئذٍ فيستوى الأمر مع الماضي».

وجاء في **«هامش الصاوي»** على **«شرح الدردير»** ما يؤيد أن صيغة الأمر تنزل منزلة صيغة الماضي من حيث تمحضها للحال بدلالة العرف، إذ يقول: «وحاصله أن المطلوب في انعقاد البيع به ما يدل على الرضا عرفاً وإن كان محتملاً لذلك لغة. فالماضي لما كان دالاً على الرضا من غير احتمال، انعقد البيع من غير نزاع، ولا يقبل رجوعه ولو حلف. والأمر إنما يدل لغة على طلب البيع له فهو يحتمل الرضا به وعدمه، ولكن العرف دل على رضاه به، وحينئذٍ فيستوي مع الماضي، ولا يقبل رجوعه عنه ولو حلف كما يفيده الشارح. والمضارع يحتمل الحال والاستقبال، ولم يكن في العرف دالاً على الرضا، فقبل الرجوع فيه باليمين»[١].

المذاهب الأخرى:

وقد رأينا أن الشافعي يجعل صيغة الأمر دالة على الإيجاب فيما نقلناه عن **«البدائع»** في مناقشة رأيه. وجاء في **«المهذب»** للشيرازي: «فإن قال المشتري بعني فقال البائع بعتك، انعقد البيع لأن ذلك يتضمن الإيجاب والقبول»[٢].

وصيغة الأمر في مذهب أحمد على قولين قول يعقد به البيع، وقول لا يعقد.

وجاء في **«المغني»**: «وإن تقدم بلفظ الطلب، فقال بعني ثوبك فقال بعتك، ففيه روايتان: إحداهما يصح كذلك وهو قول مالك والشافعي، والثانية لا يصح وهو قول أبي حنيفة لأنه لو تأخر عن الإيجاب لم يصح به البيع فلم يصح إذا تقدم كلفظ الاستفهام، ولأنه عقد عرى عن القبول فلم ينعقد كما لو لم يطلب. وحكى أبو الخطاب فيما إذا تقدم بلفظ الماضي روايتين أيضاً. فأما إن تقدم بلفظ الاستفهام مثل أن يقول أتبيعني ثوبك بكذا فيقل بعتك، لم يصح بحال، نص عليه أحمد

---

(١) **«هامش الصاوي»** على **«شرح الدردير»** (٣/ ٣).

(٢) **«المهذب»** للشيرازي (١/ ٢٥٧). ومع ذلك انظر **«الوجيز»** (١/ ١٣٢ ـ ١٣٣): «ولا تكفي المعاطاة، ولا الاستيجاب والإيجاب، وهو قوله بمعنى بدل قوله اشتريت على أصح الوجهين. بخلاف النكاح فإنه لا يجري مفاوضة».

وبه يقول أبو حنيفة والشافعي: ولا نعلم عن غيرهم خلافهم، لأن ذلك ليس بقبول ولا استدعاء»[١].

ولخص الشعراني اختلاف الأئمة في صيغة الأمر فقال: «ومن ذلك قول الأئمة الثلاثة أن البيع ينعقد بلفظ الاستدعاء كبعني أو اشتر مني فيقول بعت أو اشتريت، مع قول أبي حنيفة أنه لا ينعقد أصلاً، فالأول مخفف والثاني مشدد. ووجه الأول حصول الغرض بكون المستدعى بائعاً أو مشترياً إذ لا بد من الجواب في المسألتين. ووجه الثاني نسبة المستدعى إلى غش وتدليس في العادة، فربما فهم الناس منه أنه لو لم يكن في ذلك المبيع عيب لما كان يسأل غيره في أخذه بل كان يصبر إلى أن يطلبه غيره منه كما هو مشهور في الأسواق. ويصح حمل الأول على حال الأكابر من أهل العلم والدين الذين يرون الحظ الأوفر لإخوانهم، وحمل الثاني على من كان بالضد من ذلك كما يعرف الناس ذلك من بعضهم بعضاً بالتجربة أو القرائن، فرجع الأمر إلى مرتبتي الميزان»[٢].

وجاء في **«النيل»**: ولو قال بع لي هذا الشيء بكذا فقال بعت لك بكذا، ألزمه على الراجح»[٣].

وجاء في **«المنتزع المختار»**: «فلو قال بع مني هذا بكذا فقال بعت، ينعقد»[٤].

ويتبين مما تقدم أن صيغة الأمر ينعقد بها العقد عند الأئمة جميعاً، فيما عدا أبا حنيفة. وصيغة الماضي ينعقد بها العقد عند الجميع بلا خلاف. وصيغة المضارع يجب اقترانها بالنية لانعقاد العقد. ولا ينعقد العقد بصيغة الاستفهام ولا بصيغة الاستقبال. هذه هي خلاصة الفقه الإسلامي في هذه المسألة، وبها أخذ التقنين المدني العراقي في المادة ٧٧ إذ تجري على الوجه الآتي:

١ ـ «الإيجاب والقبول كل لفظين مستعملين عرفاً لإنشاء العقد. وأي لفظ صدر أولاً فهو إيجاب، والثاني قبول».

٢ ـ «ويكون الإيجاب والقبول بصيغة الماضي، كما يكونان بصيغة المضارع أو بصيغة الأمر إذا أريد بهما الحال».

المطلب الثاني

التعبير عن الإرادة بمظاهر خارجية غير اللفظ.

المظاهر الخارجية الأخرى غير اللفظ للتعبير عن الإرادة قد تكون:

---

(١) **«المغني»** (٤/ ٣ ـ ٤).

(٢) **«الميزان الكبرى»** للشعراني (٢/ ٧٢ ـ ٧٣).

(٣) **«النيل»** (٢/ ١٠).

(٤) **«المنتزع المختار»** (٣/ ٢).

١ ـ الرسالة والكتابة.

٢ ـ الإشارة.

٣ ـ التعاطي.

٤ ـ أي موقف آخر يدل على الرضاء.

٥ ـ السكوت وهو موقف سلبي محض.

فنستعرض كلاً من هذه المظاهر:

١ ـ الرسالة والكتابة:

صورة الرسالة هي أن يرسل العاقد للعاقد الآخر الغائب رسولاً يبلغه الإيجاب شفاهاً باللفظ، وصورة الكتابة هي أن يكتب العاقد للعاقد الآخر كتاباً بإيجابه.

ففي الحالتين التعاقد ما بين غائبين ويوجد وسيط بينهما رسول بلغ الإيجاب شفاهاً في الرسالة، أو كتاب يحمل الإيجاب مكتوباً في الكتابة ويلاحظ أن كلا من الرسالة والكتابة هنا مقصود بها التعبير عن الإرادة ذاتها لا مجرد إثباتها.

والأصل في الفقه الإسلامي أن الإيجاب والقبول لا بد من اقتران أحدهما بالآخر في مجلس واحد كما سيأتي. فإذا أوجب أحدالعاقدين في غياب العاقد الآخر لم يتوقف الشطر حتى لو بلغ الآخر فقبل. ولكن وصول الإيجاب إلى مجلس القابل عن طريق رسالة أو الكتابة هو نقل الإيجاب مادياً إلى مجلس القبول، فيكون اقتران القبول بالإيجاب قد وقع في مجلس واحد.

فإذا أرسل العاقد رسولاً بلغ إيجابه، فالرسول ليس إلاّ ناقلاً للإيجاب نقلاً مادياً إذ هو يقتصر على نقل إرادة العاقد. وفي هذا يختلف عن النائب الذي يعبر عن إرادته لا عن إرادة الأصيل. وإذا نقل الرسول الإيجاب للعاقد الآخر، وقبل هذا في مجلس أداء الرسالة، انعقد العقد، لأن الرسول ناقل فلما قبل العاقد الآخر اتصل لفظه بلفظ الموجب حكماً. أما لو بلغ أحد بالإيجاب بغير أمر الموجب فقبل العاقد الآخر، لم ينعقد العقد لأن المبلغ ليس رسولاً بل فضولياً، وقد سبقت الإشارة إلى ذلك. لكن لو أمر الموجب أحداً بتبليغ إيجابه، فقد أظهر من نفسه الرضا بالتبليغ، فكل تبليغ للإيجاب حتى لو كان من غير المأمور يعتبر تبليغاً برضاه، فإن قبل العاقد الآخر في مجلس التبليغ انعقد العقد.

وكالرسالة والكتابة، لأن الكتاب كالخطاب، فلو أرسل العاقد إيحابه في كتاب للعاقد الآخر، وبلغ الكتاب هذا ففهم ما فيه وقال قبلت في مجلس بلوغ الكتاب، انعقد العقد ويجوز أن ينعقد العقد بالكتابة من الجانبين، ويبدو أن الكتابة تختلف عن الرسالة في أن العاقد الآخر إذا لم يجب في أول مجلس لبلوغ الكتاب فالكتاب باق، بحيث إذا قرىء في مجلس ثان فقبل العاقد الآخر انعقد العقد.

وتتفق الكتابة والرسالة في الأمرين الآتيين:

١ ـ لو استعمل العاقد في الكتابة أو الرسالة، صيغة هي في ذاتها لا تتمحض للحال، فإن

إرسالها في كتاب أو مع رسول يجعلها تتمحض للحال بدلالة الظروف. ذلك أن هناك فرقاً بين الحاضر والغائب فصيغة الأمر للحاضر تكون استياماً عادة، أما للغائب بالكتابة أو الرسالة فيراد بها أحد شطري العقد.

٢ ـ لما كان الإيجاب غير ملزم في أكثر المذاهب ويجوز الرجوع فيه قبل صدور القبول، فالرجوع في الإيجاب بالكتابة أو بالرسالة جائز كذلك. فيصح رجوع الكاتب أو المرسل عن الإيجاب الذي كتبه أو أرسله قبل بلوغ ذلك للعاقد الآخر وقبوله، سواء علم العاقد الآخر بالرجوع أو لم يعلم، حتى لو قبل بعد ذلك لا ينعقد العقد. وهذا بخلاف الوكيل، فلو وكل شخص آخر بالبيع، ثم عزل الوكيل قبل البيع، فباع الوكيل دون أن يعلم بالعزل، فإن البيع ينعقد. وفي هذا المعنى يقول الكاساني: «ولو كتب شطر العقد ثم رجع، صح رجوعه لأن الكتاب لا يكون فوق الخطاب ولو خاطب ثم رجع قبل قبول الآخر صح رجوعه، فههنا أولى. كذا لو أرسل رسولاً ثم رجع لأن الخطاب بالرسالة لا يكون فوق المشافهة، وذا محتمل للرجوع فههنا أولى. وسواء علم الرسول رجوع المرسل أو لم يعلم به، بخلاف ما إذا وكل إنساناً ثم عزله بغير علمه لا يصح عزله، لأن الرسول يحكي كلام المرسل وينقله إلى المرسل إليه، فكان سفيراً ومعبراً محضاً، فلم يشترط علم الرسول بذلك، أما الوكيل فإنما يتصرف عن تفويض الموكل إليه، فشرط علمه بالعزل صيانة له عن التغرير»[1].

هذا هو مجمل أحكام الرسالة والكتابة في الفقه الإسلامي. وننقل الآن بعض النصوص التي تورد هذه الأحكام في المذاهب المختلفة.

المذهب الحنفي:

جاء في «**البدائع**»: «إذا أوجب أحدهما البيع والآخر غائب، فبلغه فقبل لا ينعقد، بأن قال بعت عبدي هذا من فلان الغائب بكذا فبلغه فقبل. ولو قبل عنه قابل ينعقد، والأصل في هذا أن أحد الشطرين من أحد العاقدين في باب البيع يتوقف على الآخر في المجلس، ولا يتوقف على الشطر الآخر من العاقد الآخر فيما وراء المجلس بالإجماع، إلاّ إذا كان عنه قابل، أو كان بالرسالة أو الكتابة.

أما الرسالة فهي أن يرسل رسولاً إلى رجل، ويقول للرسول إني بعت عبدي بكذا، فذهب الرسول وبلغ الرسالة، فقال المشتري في مجلسه ذلك قبلت، انعقد البيع، لأن الرسول سفير ومعبر عن كلام المرسل ناقل كلامه إلى المرسل إليه فكأنه حضر بنفسه فأوجب البيع وقبل الآخر في المجلس. وأما الكتابة فهي أن يكتب الرجل إلى رجل أما بعد فقد بعت عبدي فلاناً منك بكذا، فبلغه الكتاب فقال في مجلسه اشتريت، لأن خطاب الغائب كتابه فكأنما حضر بنفسه وخاطب بالإيجاب وقبل الآخر في المجلس»[2].

---

(١) «**البدائع**» (٣/ ١٣٨).

(٢) «**البدائع**» (٥/ ١٣٨).

وجاء في «**فتح القدير**»: «فصورة الكتاب أن يكتب أما بعد فقد بعت عبدي منك بكذا، فلما بلغه الكتاب وفهم ما فيه قال قبلت في المجلس، انعقد، والرسالة أن يقول اذهب إلى فلان وقل له إن فلاناً باع عبده فلاناً منك بكذا، فجاء فأخبره فأجاب في مجلسه ذلك بالقبول، وكذا إذا قال بعت عبدي فلاناً من فلان بكذا فاذهب يا فلان فأخبره، فذهب فأخبره فقبل. وهذا لأن الرسول ناقل، فلما قبل اتصل لفظه بلفظ الموجب حكماً فلو بلغه بغير أمره فقبل، لم يجز لأنه ليس رسولاً فضوليّاً، ولو كان قال بلغه يا فلان، فبلغه غيره فقبل، جاز ولو كان المكتوب بعينه بكذا، فكتب بعتكه، لا يتم ما لم يقل الأول قبلت وأما ما ذكر في المبسوط لو كتب إليه بعني بكذا فقال بعته يتم البيع، فليس مراد محمد هنا من هذا سوى الفرق بين النكاح والبيع في شرط الشهود لا بيان اللفظ الذي ينعقد به البيع. وقيل بالفرق بين الحاضر والغائب، فبعني من الحاضر يكون استياماً عادة، وأما من الغائب بالكتابة فيراد به أحد شطري العقد. هذا ويصح رجوع الكاتب والمرسل عن الإيجاب الذي كتبه وأرسله قبل بلوغ الآخر وقبوله، سواء علم الآخر أو لم يعلم، حتى لو قبل الآخر بعد ذلك لا يتم البيع، بخلاف ما لو وكل بالبيع ثم عزل الوكيل قبل البيع فباع الوكيل، فإنه ما لم يعلم الوكيل بالعزل قبل البيع فبيعه نافذ»[1].

وجاء في «**الدر**»: ولو قال بعته فبلغه يا فلان فبلغه غيره جاز فليحفظ، ولا يتوقف شطر العقد فيه أي البيع على قبول غائب، فلو قال بعت فلاناً الغائب، فبلغه فقبل، لم ينعقد اتفاقاً إلاّ إذا كان بكتابة أو رسالة، فيعتبر مجلس بلوغها»، وقال ابن عابدين في حاشيته تعليقاً على ما تقدم: «. . . وجه الجواز ما نقل عن «**المحيط**» أنه حين قال بلغه فقد أظهر من نفسه الرضا بالتبليغ برضاه، فإن قبل صح البيع. . صورة الكتابة أن يكتب أما بعد فقد بعت عبدي فلاناً منك بكذا، فلما بلغه الكتاب قال في مجلسه ذلك اشتريت، تم البيع بينهما. وصورة الإرسال أن يرسل رسولاً، فيقول البائع بعت هذا من فلان الغائب بألف درهم فاذهب يا فلان وقل له، فذهب الرسول فأخبره بما قال، فقبل المشتري في مجلسه ذلك. . قلت ويكون بالكتابة من الجانبين، فإذا كتب اشتريت عبدك فلاناً بكذا، فكتب إليه البائع قد بعت، فهذا بيع كما في «**التتارخانية**». قوله: فيعتبر مجلس بلوغها. أي بلوغ الرسالة أو الكتابة. قال في «**الهداية**» والكتاب كالخطاب وكذا الإرسال، حتى اعتبر مجلس بلوغ الكتابة. وأداء الرسالة اهـ. وفي «**غاية البيان**» وقال شمس الأئمة الرضى في كتاب النكاح من «**مبسوطه**»: كما ينعقد النكاح بالكتابة ينعقد البيع وسائر التصرفات بالكتاب أيضاً. وذكر شيخ الإسلام جواهر زادة في «**مبسوطه**» الكتاب والخطاب سواء إلاّ في فصل واحد وهو أنه لو كان حاضراً فخاطبها بالنكاح فلم تجب في مجلس الخطاب ثم أجابت في مجلس آخر فإن النكاح لا يصح وفي الكتاب إذا بلغها وقرأت الكتاب ولم تزوج نفسها منه في المجلس الذي قرأت الكتاب فيه، ثم زوجت نفسها في مجلس آخر بين يدي الشهود وقد سمعوا كلامها وما

---

(١) «**فتح القدير**» (٥/ ٧٩) وانظر «**الزيلعي**» (٤/ ٤): «والإرسال والكتاب كالخطاب حتى يعتبر مجلس أدائهما» وعلق الشلبي: قوله حتى يعتبر مجلس أدائهما أي ويصح رجوعه عن ذلك بعد ما كتب وبعد ما أرسل قبل قبول الآخر، سواء علم الرسول أو لم يعلم، بخلاف ما إذا عزل الوكيل بغير علمه فإنه لا ينعزل.

في الكتاب، يصح النكاح لأن الغائب إنما صار خاطباً لها بالكتاب والكتاب باق في المجلس الثاني فصار بقاء الكتاب في مجلسه وقد سمع الشهود ما فيه من المجلس الثاني بمنزلة ما لو تكرر الخطاب من الحاضر في مجلس آخر. فأما إذا كان حاضراً فإنما صار خاطباً لها بالكلام وما وجد من الكلام لا يبقى إلى المجلس الثاني وإنما سمع الشهود في المجلس الثاني أحد شطري العقد اهـ. وظاهره أن البيع كذلك وهو خلاف ظاهر «**الهداية**» فتأمل»[١].

مذهب مالك:

جاء في «**الشرح الكبير**» للدردير. «بما. . يدل على الرضا ـ من قول أو كتابة أو إشارة منهما أو من أحدهما». وعلق الدسوقي في «**حاشيته**» بما يأتي. «قوله بما يدل ـ أي عرفاً سواء دل على الرضا لغة أيضاً أولاً، كبعت واشتريت وغيره من الأقوال. كالكتابة والإشارة والمعاطاة. قوله: منهما أو من أحدهما ـ راجع للقول وما بعده، أي من قول من الجانبين، أو كتابة منهما. أو قول من أحدهما وكتابة من الآخر، أو إشارة منهما، أو من جانب وقول أو كتابة من الآخر».

وجاء في «**الشرح الصغير**» للدردير: «وما دل على الرضا ـ من قول أو إشارة أو كتابة من الجانبين أو أحدهما». وعلق الصاوي: «قوله: وما دل على الرضا ـ أي عرفاً سواء دل عليه لغة أيضاً أولاً، فالأول كبعت واشتريت وغيره من الأقوال والثاني كالإشارة والمعاطاة. قوله: أو أحدهما ـ راجع للقول الإشارة والكتابة.

المذاهب الأخرى:

وجاء في المهذب: «وإن كتب رجل إلى رجل يبيع سلعة ففيه وجهان. أحدهما ينعقد البيع لأنه موضع ضرورة. والثاني لا ينعقد وهو الصحيح لأنه قادر على النطق فلا ينعقد البيع بغيره، وقول القائل الأول أنه موضع ضرورة لا يصح لأنه يمكن أن يوكل من يبيعه بالقول»[٢]. وظاهر أن القول المرجوح في مذهب الشافعي هو القول الذي يتفق مع مقتضيات التعامل ومع مذاهب الأئمة الآخرين.

وجاء في «**النيل**»: «ينعقد من بائع بألفاظ تدل عليه. . أو بإشارة أو كتابة من أخرس وممنوع من كلام. ونحو ذلك مما يدل على رضا»[٣]. ويتبين من ذلك أن الكتابة لا تصح إلاّ من الأخرس والممنوع من الكلام، وفي هذا تضييق لا يقول به سائر الأئمة كما رأينا.

٢ ـ الإشارة:

انعقاد العقد بالإشارة لم يجد في الفقه الإسلامي المكان الرحب الذي اتسع لانعقاد العقد

---

(١) «**ابن عابدين**» (٤/ ١٤ ـ ١٥).

(٢) «**المهذب**» (١/ ٢٥٧).

(٣) «**النيل**» (٢/ ١٠).

بالرسالة والكتابة. فعند الحنفية إذا كان العاقد قادراً على الكلام فإن الإشارة لا تغني عن العبارة، وإذا كان النطق ليس بشرط في انعقاد العقد فيجوز للأخرس أن يتعاقد بإشارته المفهومة، فإن التعاقد بالإشارة لا يقبل إلاّ منه، سواء كان خرسه أصليّاً منذ الميلاد أو كان عارضاً ودام حتى وقع اليأس من كلامه. وقد جاء في **«البدائع»**[١] في هذا الصدد ما يأتي: «وكذاالنطق ليس بشرط لانعقاد البيع والشراء ولا لنفاذهما وصحتهما، فيجوز بيع الأخرس وشراؤه إذا كانت الإشارة مفهومة في ذلك، لأنه إذا كانت الإشارة مفهومة في ذلك قامت الإشارة مقام عبارته. هذا إذا كان الخرس أصليّاً بأن ولد أخرس، فإذا كان عارضاً بأن طرأ عليه الخرس فلا وإلاّ إذا دام به حتى وقع اليأس من كلامه وصارت الإشارة مفهومة فيلحق بالخرس الأصلي. ويجوز للأخرس أن يتعاقد أيضاً بالكتابة، بل هو أولى في ذلك من غير الأخرس لمكان الضرورة. ولكن قدرة الأخرس على الكتابة لا تمنع من جواز تعاقده بالإشارة بخلاف غير الأخرس فلا يجوز تعاقده بالإشارة إلاّ لضرورة. ويقول في ذلك ابن نجيم في **«الأشباه والنظائر»**[٢] ما يأتي: «كتابة الأخرس كإشارته. واختلفوا في أن عدم القدرة على الكتابة شرط للعمل بالإشارة أولاً، والمعتمد لا، ولذا ذكره في الكنز بأو. ولا بد في إشارة الأخرس من أن تكون معهودة، وإلاّ لا تعتبر. وفي **«فتح القدير»** من الطلاق ولا يخفى أن المراد بالإشارة التي يقع بها طلاقه الإشارة المقرونة بتصويت منه، لأن العادة منه ذلك، فكانت بياناً لما أجمله الأخرس. انتهى. وأما إشارة غير الأخرس، فإن كان معتقل اللسان ففيه اختلاف، والفتوى على أنه إن دامت العقلة إلى وقت الموت يجوز إقراره بالإشارة والإشهاد عليه، ومنهم من قدر الامتداد بسنة وهو ضعيف.

وإن لم يكن معتقل اللسان لم تعتبر إشارته». وجاء في **«ابن عابدين»**[٣]: «ظاهر قوله من لفظين إنه لا ينعقد بالإشارة بالرأس، ويدل عليه ما في الحاوي الزاهدي في فصل البيع الموقوف. فضولي باع مال غيره فبلغه فسكت متأملاً، فقال ثالث هل أذنت لي في الإجازة فقال نعم، فأجازه ينفذ. ولو حرّك رأسه بنعم، فلا، لأن تحريك الرأس في حق الناطق لا يعتبر اهـ.».

وظاهر أن المذاهب التي لا تجيز الكتابة في انعقاد العقد، كمذهب الشافعي، لا تجيز من باب أولى الإشارة من غير الأخرس. وهذا هو أيضاً مذهب الزيدية. جاء في **«المنتزع المختار»**[٤]. «والبيع والشراء أيضاً يصحان من المصمت، وهو الذي اعتقل لسانه من الكلام لمرض أو غيره بعد أن كان يتكلم، ويصحان من الأخرس، وهو الذي يجمع بين الصمم والعجمة، والأعجم الذي يسمع ولا يتكلم، فتصح عقودهم كلها بالإشارة التي يفهم بها مراده. فأما الإشارة من الصحيح فلا حكم لها».

---

(١) **«البدائع»** (٥/ ١٣٥).

(٢) **«الأشباه والنظائر»** (١٨٨).

(٣) **«ابن عابدين»** (٤/ ١٣).

(٤) **«المنتزع المختار»** (٩٣).

ومذهب مالك هو أوسع المذاهب جميعاً في هذه المسألة، وهو الذي يساير مقتضيات التعامل، ومن ثم وجب الأخذ به. فهو يجيز التعاقد بالإشارة ولو من غير الأخرس. وقد نقلنا عن الدسوقي في «**حاشيته**» على «**الشرح الكبير**»[1] وعن «**الصاوي**» على «**الشرح الصغير**»[2] أن العقد ينعقد بما يدل على الرضا عرفاً سواء دل عليه لغة أو لم يدل، كالقول والكتابة والإشارة والمعاطاة. ولم تتقيد الإشارة، بأن تكون من الأخرس، فإشارة غير الأخرس معتبرة. وجاء في «**شرح الحطاب**»[3]: «وعلم أيضاً أنه ينعقد بكل قول يدل على الرضا، وبالإشارة الدالة على ذلك وهي أولى بالجواز من المعاطاة لأنها يطلق عليها أنها كلام، قال الله تعالى: ﴿قَالَ ءَايَتُكَ أَلَّا تُكَلِّمَ ٱلنَّاسَ ثَلَٰثَةَ أَيَّامٍ إِلَّا رَمْزًا﴾ [آل عمران: ٤١]، والرمز الإشارة.. وغير الأخرس كالأخرس قاله أبو الحسن في شرح مسألة المدونة المذكورة ونصه: وكذا غير الأخرس إذا فهم عنه بالإشارة وإنما ذكر الأخرس لأنه لا يتأتى منه غيرها انتهى. وكل لفظ أو إشارة فهم منها الإيجاب والقبول لزم بها البيع وسائر العقود».

٣ ـ التعاطي أو المعاطاة:

التعاقد بالتعاطي أو بالمعاطاة هو التعاقد بالمبادلة الفعلية الدالة على التراضي، وقد اختلفت المذاهب في جواز ذلك. فالشافعي لا يجيز التعاقد إلاّ باللفظ عند الإمكان كما علمنا، فلا يجيز التعاقد بالتعاطي. وعلى النقيض من ذلك الفقه المالكي، فإنه يجيز التعاقد بالتعاطي ولو من جانب واحد، ولكن العقد لا يلزم إلاّ بالمعاطاة من الجانبين، وفي المذهبين الحنفي والحنبلي التعاقد بالتعاطي جائز على تفصيل سنذكره فيما يلي. ونستعرض الآن هذه المذاهب المختلفة.

المذهب الحنفي:

يمكن القول إن التعاقد بالتعاطي احتل مكانه في المذهب الحنفي تدرجاً لا طفرة. فقد كان يصح في الخسيس دون النفيس، ثم أصبح يصح في الخسيس والنفيس معاً. وقد كان قبض البدلين جميعاً شرطاً في تمام العقد، ثم صار قبض أحد البدلين يكفي. ونورد من النصوص ما يدل على ذلك.

أما عن الخسيس والنفيس، فقد جاء في «**البدائع**» (٥/ ١٣٤) ما يأتي: «وذكر القدوري أن التعاطي يجوز في الأشياء الخسيسة ولا يجوز في الأشياء النفيسة. ورواية الجواز في الأصل مطلق عن هذا التفصيل وهي الصحيحة، لأن البيع في اللغة والشرع اسم للمبادلة، وهي مبادلة شيء مرغوب بشيء مرغوب، وحقيقة المبادلة بالتعاطي وهو الأخذ والإعطاء، وإنما قول البيع والشراء دليل عليهما. والدليل عليه قوله عز وجل: ﴿إلاّ أن تكون تجارة عن تراض منكم﴾، والتجارة عبارة عن جعل الشيء للغير ببدل وهو تفسير التعاطي.. وإذا ثبت أن حقيقة المبادلة بالتعاطي وهو الأخذ والإعطاء، فهذا يوجد في الأشياء الخسيسة والنفيسة جميعاً، فكان التعاطي في كل ذلك

---

(١) «**حاشية الدسوقي**» على «**الشرح الكبير**» (٣/ ٣).

(٢) «**الصاوي**» على «**شرح الصغير**» (٢/ ٣).

(٣) «**شرح الحطاب**» (٤/ ٢٢٩).

بيعاً، فكان جائزاً». وجاء في **«فتح القدير»** (٥/ ٧٧) ما يأتي: «. . . ولهذا ينعقد. . بالتعاطي في النفيس والخسيس.

قيل النفيس نصاب السرقة فصاعداً والخسيس ما دونه، وقوله ـ هو الصحيح ـ من قول الكرخي أنه إنما ينعقد بالتعاطي في الخسيس فقط، وأراد بالخسيس الأشياء المحتقرة كالبقل والرغيف والبيض والجوز استحساناً للعادة. قال أبو معاذ رأيت سفيان الثوري جاء إلى صاحب الرمان موضع عنده فلساً وأخذ رمانة ولم يتكلم ومضى. وجه الصحيح أن المعنى وهو دلالة على التراضي يشمل الكل وهو الصحيح فلا معنى للتفصيل، وفي الإيضاح هو خلاف ما ذكره محمد، في الأصل في مواضع». وجاء في **«الفتاوى الخانية»** (انظر هامش **«الفتاوي الهندية»** (٢/ ١٢٧) ما يأتي: «وقد يكون البيع بالأخذ والعطاء من غير لفظ البيع، ويسمى هذا البيع بالأشياء الخسيسة كالبقل واللحم والخبز والحطب. وقال بعضهم ينعقد في الكل، وإليه أشار في الجامع الصغير في الوكالة.

وجاء في **«الفتاوى الهندية»** (٣/ ٩): «وقد يكون البيع بالأخذ والإعطاء من غير لفظ ويسمى هذا البيع بيع التعاطي، كذا في **«فتاوى قاضيخان»**، ولا فرق بين أن يكون المبيع خسيساً أو نفيساً وهو الصحيح، هكذا في التبيين». وجاء في **«الزيلعي»** (٤/ ٤): «قال رحمه الله ـ وبتعاط ـ أي يلزم بالتعاطي أيضاً، ولا فرق بين أن يكون المبيع خسيساً أو نفيساً. وزعم الكرخي أنه ينعقد به في شيء خسيس لجريان العادة ولا ينقد في النفيس لعدمها. والصحيح الأول، لأن جواز البيع باعتبار الرضا لا بصورة اللفظ، وقد وجد التراضي من الجانبين، فوجب أن يجوز». وجاء في «ابن عابدين» (٤/ ١٦)، «قوله ـ في خسيس ونفيس ـ النفيس ما كثر ثمنه كالعبد والخسيس ما قل ثمنه كالخبز، ومنهم من حد النفيس بنصاب السرقة فأكثر والخسيس بما دونه، والإطلاق هو المعتمد عن**«البحر»**. قلت ليس في **«البحر»** قوله: والإطلاق هو المعتمد. نعم ذكره في شمول التعاطي للخسيس والنفيس فقال وهو الصحيح المعتمد. قوله ـ خلافاً للكرخي ـ فإنه قال لا ينعقد إلاّ في الخسيس. . وما في **«الحاوي القدسي»** من أن هذا هو المشهور فهو خلاف المشهور كما في **«البحر»**».

وأما عن أن قبض البدلين جميعاً ليس بشرط وأن قبض أحد البدلين يكفي. فقد جاء في **«فتح القدير»** (٥/ ٧٧): «واختلف في أن قبض البدلين شرط في بيع التعاطي أو أحدهما كاف، والصحيح الثاني. ونص محمد رحمه الله على أن بيع التعاطي يثبت بقبض أحد البدلين، وهذا ينتظم الثمن والمبيع، ونصه في الجامع على أن تسليم المبيع يكفي لا ينفي الآخر». وجاء في **«شرح العناية للبابرتي»** (انظر **«فتح القدير»** ٥/ ٧٧): «ثم إن محمداً رحمه الله أشار في **«الجامع الصغير»** إلى أن تسليم المبيع يكفي في تحققه». وجاء في **«الفتاوى الخانية»** (انظر هامش **«الفتاوى الهندية»** ٢/ ١٢٧): «وقال القاضي الإمام أبو الحسن علي السعدي رحمه الله تعالى هذا البيع لا يكون إلاّ بقبض البدلين جميعاً، وقال بعضهم قبض أحدهما يكفي». وجاء في **«الفتاوى الهندية»** (٣/ ٨): «والشرط في بيع التعاطي الإعطاء من الجانبين عند شمس الأئمة الحلواني، كذا في

الكفاية وعليه أكثر المشايخ، وفي **«البزازية»** هو المختار كذا في **«البحر الرائق»**. والصحيح أن قبض أحدهما كاف لنص محمد رحمه الله على أن بيع التعاطي يثبت بقبض أحد البدلين، وهذا ينتظم الثمن والمبيع، كذا في **«النهر الفائق»**. وجاء في **«الفتاوى البزازية»** (انظر هامش **«الفتاوي الهندية»** ٤/ ٣٦٨ ـ ٣٧٠): «وأفتى الإمام الحلواني بأن التعاطي من أحد الجانبين لا يكون بيعاً مطلقاً مع بيان الثمن، بل لا بد في المختار من الجانبين، والكرماني على أن تسليم المبيع على وجه البيع والتمليك مع بيان الثمن بيع، وتأويله إذا قبض المبيع لا الثمن، أما إذا دفع الثمن ولم يقبض المبيع لا يجوز لأن المبيع أصل إلاّ إذا كان بيع مقايضة». وجاء في **«الزيلعي»** (٤/ ٤): «ثم اختلفوا فيما يتم به بيع التعاطي، قيل يتم بالدفع من الجانبين، وأشار محمد أنه يكتفي بتسليم المبيع». وجاء في **«الدر المختار»** انظر **«ابن عابدين»** (٤/ ١٦ ـ ١٧). «وقيل لا بد في التعاطي من الإعطاء من الجانبين، وعليه الأكثر. قاله الطرسوسي واختاره البزازي، وأفتى به الحلواني، واكتفى الكرماني بتسليم المبيع مع بيان الثمن فتحرر ثلاثة أقوال، وقد علمت المفتى به». وجاء في **«ابن عابدين»** (٤/ ١٦ ـ ١٧)، توضيحاً لما تقدم في **«الدر المختار»**، ما يأتي: «قوله ـ ولو التعاطي من أحد الجانبين ـ صورته أن يتفقا على الثمن ثم يأخذ المشتري المتاع ويذهب برضا صاحبه من غير دفع الثمن، أو يدفع المشتري الثمن للبائع ثم يذهب من غير تسليم المبيع، فإن البيع لازم على الصحيح، حتى لو امتنع أحدهما بعده أجبره القاضي. . قوله: فتحرر ثلاثة أقوال ـ هذا الاختلاف نشأ من كلام الإمام محمد، فإنه ذكر بيع التعاطي في مواضع، فصوره في موضع بالإعطاء من الجانبين ففهم منه البعض أنه شرط، وصوره في موضع بالاعطاء من أحدهما ففهم البعض أنه يكتفى به، وصوره في موضع بتسليم المبيع ففهم البعض أن تسليم الثمن لا يكفي».

على أنه إذا كان قبض أحد البدلين كافياً في التعاقد بالتعاطي، فلا بد في جميع الأحوال من أن يكون كل من البدلين معلوماً. ففي البيع مثلاً يجب أن يكون كل من المبيع والثمن معلوماً للمتبايعين، وهذا فيما يكون ثمنه غير معروف في الأسواق. فإن كان الثمن معروفاً في سوق البلدة، وكان المشتري من أهلها، قامت هذه الظروف قرينة على علمه بالثمن. وقد جاء في هذا الصدد في **«فتح القدير»** (٥/ ٨٧): «ومنها قول الدلال للبزاز هذا الثوب بدرهم، فقال ضعه. وفي أجناس الناطقي لو قال بكم تبيع قَفِيز حنطة، فقال بدرهم فقال اعزله فعزله فهو بيع وكذا لو قال للقصاب مثله، فوزنه وهو ساكت، فهو بيع، حتى لو امتنع القصاب من دفع اللحم، أجبرهما القاضي. وكذا إذا قال زن لي ما عندك من اللحم على حساب ثلاثة أرطال بدرهم فوزن، بخلاف ما لو قال زن لي ثلاثة أرطال فوزنها، له الخيار لأنه ليس بمعلوم، بخلاف ما لو قال من هذا الجنب ومن هذا الفخذ. وكذا قوله لمن جاء بوقر بطيخ فيه الكبار والصغار بكم عشرة من هذه، فقال بدرهم، فعزل عشرة واختارها، فذهب بها والبائع ينظر، أو عزل البائع عشرة فقبلها المشتري، تم البيع»، وجاء في **«الفتاوى الهندية»** (٣/ ٩): «. . . يشترط بيان الثمن لانعقاد هذا البيع بتسليم المبيع. . . وهذا فيما ثمنه غير معلوم. وأما الخبز واللحم فلا يحتاج فيه إلى بيان الثمن، كذا في **«البحر الرائق»**. . في المجرد عن أبي حنيفة رحمه الله تعالى إذا قال للحام كيف تبيع اللحم، قال كل ثلاثة أرطال بدرهم، قال قد أخذت منك زن إلي، ثم بدا للحام ألا يزن، فله

ذلك، وإن وزن فقبل قبض المشتري كان لكل واحد منهما الرجوع، فإن قبضه المشتري أو جعله البائع في وعاء المشتري بأمره، تم البيع وعليه درهم. وفي نوادر ابن سماعه عن محمد رحمه الله تعالى إذا قال لقصاب زن لي ما عندك من اللحم، أو قال زن لي من هذا الجنب أو قال من هذه الرجل على حساب ثلاثة أرطال بدرهم، فوزن، فلا خيار له، كذا في **«المحيط»**.. دفع إلى بائع الحنطة خمسة دنانير ليأخذ منه حنطة. وقال له بكم تبيعها، فقال مائة بدينار، فسكت المشتري ثم طلب منه الحنطة ليأخذها، فقال البائع غداً أدفع إليك، ولم يجر بينهما بيع، وذهب المشتري، فجاء غداً ليأخذ الحنطة وقد تغير السعر، فليس للبائع أن يمنعها منه بل عليه أن يدفعها بالسعر الأول: كذا في **«القنية»**.. قال لقصاب كم من هذا اللحم بدرهم، فقال، منوين، قال زن، فأعطى درهماً، فأخذه، جائز ولا يعيد الوزن، وإن وزنه فوجده أنقص رجع بقدره من الدرهم لا من اللحم لأن الانعقاد بقدر المبيع المعطي، كذا في **«الوجيز للكردي»**. رجل أتى قصاباً كل يوم بدرهم، والقصاب يقطع اللحم له ويزنه، وصاحب الدرهم يظن أنه من، وثمن اللحم في البلد هكذا، ثم وزن المشتري في البيت يوماً فوجد اللحم ثلاثين أستاراً، يرجع على القصاب بما يخص قدر النقصان من الدراهم ولا يرجع بقدر النقصان من اللحم. هذا إذا كان الرجل من أهل البلدة التي وقع فيها البيع. أما إذا لم يكن من أهل هذه البلدة بأن كان غريباً، وقد اصطلح أهل البلدة على سعر الخبز واللحم وشاع ذلك على وجه لا يتفاوت، فقال هذا الغريب لخباز أو قصاب أعطني بدرهم خبزاً وأعطني لحماً بدرهم، فأعطاه أقل مما شاع، ولم يعلم المشتري بذلك ثم علم، ففي الخبز له أن يرجع كما إذا كان من أهل هذه البلد، وفي اللحم ليس له أن يرجع، لأن الاصطلاح والتسعير في الخبز متعارف فظهر في حق الكل، وفي اللحم من الغرائب فلا يظهر في حق غير أهل البلدة، كذا في **«الظهيرية»**. في مجموع النوازل رجل له على آخر دين وطالبه، فجاء المطلوب بشعير قدراً معلوماً وقال للطالب خذه بسعر البلد، قال إن كان سعر البلد معلوماً وهما يعلمان ذلك كان بيعاً تاماً، أما إذا لم يكن سعر البلد معلوماً أو كان معلوماً إلاّ أنهما لا يعلمان ذلك لا يكون بيعاً، كذا في **«المحيط»**. وجاء في **«الفتاوى البزازية»** (انظر **«الفتاوى الهندية»** (٤/ ٣٦٨ ـ ٣٧٠): «.. وكذا إذا قال المشتري كله بدرهم فكاله ولم يقل شيئاً. قال بكم عشر من هذه البطاطيخ، فقال البائع بدرهم، فأفرز عشراً وأعطى درهماً وأخذه، تم البيع، وكذا الرمان وإن كان متفاوتاً... وفي الخبز واللحم بيع بلا بيان الثمن، وفيما سواها كالصابون ونحوه لا... اتفق أهل بلدة على سعر اللحم والخبز وشاع على وجه لا يتفاوت، فأعطى رجل ثمناً واشتراه، فأعطى أقل من المتعارف، إن من أهل البلدة يرجع بالنقصان فيهما من الثمن وإن من غير أهلها رجع في الخبز لأن التسعير فيه متعارف... دفع الصابون إلى بقال للبيع بلا ذكر الثمن، أو أخذه منه بجهة الشراء بلا ذكر الثمن، لا يجعل بيعاً. والحاصل أن فيما سوى الخبز واللحم لا بد من بيان الثمن حتى يكون بيعاً بالتعاطي. له عليه عشرة طلبها منه. فأعطاه ألف منٍّ من الحنطة ولم يذكر بيعاً ولا مقاصة بالدين، يكون بيعاً، وإن كانت لا تفي بالدين إن كان السعر معلوماً فبيع بقدر قيمتها، وإلاّ فلا بيع... وجاء أن الثوري جاء إلى فكهاني ووضع عنده فلساً وأخذ رمانة ومضى ولم يتكلم، وبه أخذ الفقيه، لكن إنما يجوز هذا عند ظهور السعر، فأما ما يجري فيه النزاع فلا، حتى يكون

تجارة عن تراض». وجاء في **«ابن عابدين»** (٤/١٦ ـ ١٧): «... وهذا فيما ثمنه غير معلوم، أما الخبز واللحم فلا يحتاج فيه إلى بيان الثمن، ذكره في **«البحر»**. والمراد في صورة دفع الثمن فقط أن المبيع موجود معلوم، لكن المشتري دفع ثمنه ولم يقبضه قط. وفي القنية دفع إلى بائع الحنطة خمسة دنانير ليأخذ منه حنطة، وقال له بكم تبيعها، فقال مائة بدينار، فسكت المشتري ثم طلب منه الحنطة ليأخذها، فقال البائع غداً أدفع لك، ولم يجر بينهما بيع، وذهب المشتري فجاء غداً ليأخذ الحنطة وقد تغير السعر، فعلى البائع أن يدفعها بالسعر الأول. قال رضي الله عنه وفي هذه الواقعة أربع مسائل، إحداها الانعقاد بالتعاطي، الثانية الانعقاد في الخسيس والنفيس وهو الصحيح، الثالثة الانعقاد به من جانب واحد، الرابعة كما ينعقد بإعطاء المبيع ينعقد بإعطاء الثمن اهـ. قلت وفيهامسألة خامسة أنه ينعقد به ولو تأخرت معرفة المثمن لكون دفع الثمن قبل معرفته بحر... طالب مديونه فبعث إليه شعيراً قدراً معلوماً، وقال خذه بسعر البلد، والسعر لهما معلوم، كان بيعاً وإن لم يعلماه فلا».

والتعاطي، ولو من جانب واحد، فعل يتضمن الدلالة على الرضاء. ومن ثم يؤخذ بهذه الدلالة إلاّ إذا عارضها الظاهر. فلو صرح أحد الطرفين بأنه يرفض التعاقد، فإن دلالة الرضا المستفادة من التعاطي تنتفي، ولا يتم العقد، والرفض الصريح ينفي الرضا الضمني المستخلص من التعاطي، حتى لو كان هذا الرفض الصريح يجوز حمله على غير ظاهره، بأن يحمل على تظاهر المتعاقد بالرفض لتطييب قلب المتعاقد الآخر وجعله يعتقد أن الصفقة لمصلحته. وهذا لأن الأصل في الفقه الإسلامي هو تقديم اللفظ على غيره إذ هو أدل على الإرادة الظاهرة. وقد جاء في **«الفتاوى الهندية»** (٣/٩) في هذا المعنى ما يأتي: «دفع إليه دراهم ليشتري منه البطاطيخ المعينة، فأخذها ويقول لا أعطيها بها، وأخذ المشتري منه البطاطيخ فلم يستردها، ويعلم عادة السوقة أن البائع إذا لم يرض يرد الثمن أو يسترد المتاع، وإلاّ يكون راضياً ويصيح خلفه لا أعطيها تطييباً لقلب المشتري، فقال مع هذا لا يصح البيع، كذا في **«القنية»**. وجاء في **«الدر المختار»** (انظر **«ابن عابدين»** ٤/١٦ ـ ١٧): «فلو دفع الدراهم وأخذ البطاطيخ، والبائع يقول لا أعطيها بها، لم ينعقد. وعلق ابن عابدين في حاشيته على هذا القول بما يأتي: (**«ابن عابدين»** ٤/١٦ ـ ١٧): قوله ـ لم ينعقد ـ أي وإن كان يعلم عادة السوقة أن البائع إذا لم يرض يرد الثمن أو يسترد المتاع، وإلاّ يكون راضياً به ويصيح خلفه لا أعطيها تطييباً لقلب المشتري، فإنه مع هذا لا يصح البيع، قنية».

وحتى ينعقد العقد بالتعاطي لما يتضمن من الدلالة على الرضا، يجب أن تنصرف هذه الدلالة إلى رضاء صحيح. أما إذا كان التعاطي مجرد تنفيذ لعقد سابق، وكان هذا العقد السابق باطلاً أو فاسداً، انعدمت الدلالة المستفادة من التعاطي، وبقي العقد على حاله باطلاً أو فاسداً بعد التنفيذ، كما كان قبل التنفيذ. جاء في **«الفتاوى الهندية»** (٣/٨): اشترى وسائد وطنافس لم تنسج ولم يذكر الأجل، لا يصح، ولو نسج الوسائد وسلمها لا يصح. والتعاطي إنما يكون بيعاً إن لم يكن بناء على بيع فاسد أو باطل، وأما إذا كان بناء عليه فلا، كذا في **«الوجيز للكردي»**. وجاء في **«الدر المختار»** انظر **«ابن عابدين»** (٤/١٦ ـ ١٧): «كما لو كان بعد عقد فاسد، خلاصة وبزازية

وصرح في «**البحر**» بأن الإيجاب والقبول بعد عقد فاسد لا ينعقد بهما البيع قبل متاركة الفاسد. ففي بيع التعاطي بالأولى، وعليه فيحمل ما في الخلاصة وغيرها على ذلك، وتمامه في «**الأشباه**» من الفوائد إذا بطل المتضمن بطل المتضمن والمبنى على فاسد فاسد». وجاء في «**ابن عابدين**» (٤/ ١٦ ـ ١٧) تعليقاً على هذا القول ما يأتي: «قول ـ كما لو كان ـ أي البيع بالتعاطي بعد عقد فاسد. وعبارة الخلاصة اشترى رجل من وسائدي وسائد ووجوه الطنافس وهي غير منسوجة بعد، ولم يضربا له أجلاً، لم يجز، فلو نسج الوسائد ووجوه الطنافس وسلم إلى المشتري لا يصير هذا بيعاً بالتعاطي، لأنهما يسلمان بحكم ذلك البيع السابق وأنه وقع باطلاً اهـ. وعبارة «**البزازية**»: والتعاطي إنما يكون بيعاً إذا لم يكن بناء على بيع فاسد أو باطل سابق، أما إذا كان بناء عليه فلا اهـ. قوله ـ لا ينعقد بها البيع قبل متاركة الفاسد ـ يتفرع عليه ما في «**الخانية**»: لو اشترى ثوباً شراء فاسداً، ثم لقيه غداً فقال قد بعتني ثوبك هذا بألف درهم، فقال بلى، فقال قد أخذته، فهو باطل، وهذا على ما كان قبله من البيع الفاسد، فإن كانا تتاركا البيع الفاسد فهو جائز اليوم اهـ. قلت لكن في «**النهاية**» و«**الفتح**» وغيرهما عند قول «**الهداية**»: ومن باع صبرة طعام كل قفيز بدرهم الخ، البيع بالرقم فاسد لأن فيه زيادة جهالة تمكنت في صلب العقد، وهي جهالة الثمن برقم لا يعلمه المشتري فصار بمنزلة القمار، وعن هذا قال شمس الأئمة الحلواني وإن علم بالرقم في المجلس لا ينقلب ذلك العقد جائزاً، ولكن إن كان البائع دائماً على الرضا فرضي به المشتري ينعقد بينهما عقد بالتراضي اهـ، وعبر في «**الفتح**» بالتعاطي والمراد واحد. وسيأتي أيضاً في باب البيع الفاسد أن بيع الآبق لا يصح، وأنه لو باعه ثم عاد وسلمه يتم البيع في رواية، وظاهر الرواية أنه لا يتم، قال في «**البحر**» هناك وأولوا الرواية الأولى بأنه ينعقد بيعاً بالتعاطي اهـ. وظاهر هذا عدم اشتراط متاركة الفاسد، وقد يجاب. . . بحمل الاشتراط على ما إذا كان التعاطي بعد المجلس أما فيه فلا يشترط كما هنا، والفرق أنه بعد المجلس يتقرر الفساد من كل وجه فلا بد من المتاركة، أما في المجلس فلا يتقرر من كل وجه فتحصل المتاركة ضمناً تأمل. ويحتمل وهو الظاهر أن يكون في المسألة قولان. . . هذا وما ذكره عن الحلواني في البيع بالرقم بخلافه في «**الهندية**» آخر باب المرابحة، وذكر أن العلم في المجلس يجعل كابتداء العقد، ويصير كتأخير القبول إلى آخر المجلس، وبه جزم في «**الفتح**» هناك أيضاً. قوله ـ ففي بيع التعاطي بالأولى إلخ ـ مأخوذ من «**البحر**» حيث قال ففي بيع التعاطي بالأولى وهو صريح الخلاصة و«**البزازية**» أن التعاطي بعد عقد فاسد أو باطل لا ينعقد به البيع لأنه بناء على السابق وهو محمول على ما ذكرناه اهـ. وقوله على ما ذكرناه أي من أن عدم الانعقاد قبل متاركة الأول، وهو معنى قول الشارح، فيحمل ما في «**الخلاصة**» وغيرها على ذلك. ومراده بما في «**الخلاصة**» ما قدمه من قوله كما لو كان بعد عقد فاسد. ونقلنا عباراتها وعبارة «**البزازية**» وليس فيها التنفيذ بما قبل متاركة الأول فقيده الشارح تبعاً للبحر لئلا يخالف كلام غيرها فافهم. . . قوله ـ إذا بطل المتضمن بالكسر بطل المتضمن بالفتح ـ فإنه لما بطل البيع الأول بطل ما تضمنه من القبض إذا كان قبل المتاركة».

بقي، بعد ما تقدم، أن نورد صوراً من بيع التعاطي كما وردت في النصوص. جاء في «**فتح القدير**» (٥/ ٧٧): «وفي المنتقى له على آخر ألف درهم، فقال الذي عليه المال للذي له المال

أعطيك بمالك دنانير.، فساومه بالدنانير ولم يقع بيع، ثم فارقه فجاءه بها فدفعها إليه يريد الذي كان ساوم عليه، ثم فارقه ولم يستأنف بيعاً، جاز هذه الساعة. وكذا لو سام رجلاً بشيء وليس معه وعاء ثم فارقه وجاء بالوعاء فأعطاه الثمن وكاله له، جاز. ومن صوره إذا جاء المودع بأمة غير المودعة، وقال هذه أمتك والمودع يعلم أنها ليست إياها، وحلف، فأخذها، حل الوطء للمودع وللأمة. وعن أبي يوسف لو قال للخياط ليست هذه بطانتي، فحلف الخياط أنها هي، وسعه أخذها». وجاء في **«الفتاوي الهندية»** (٣/٩): «ومن بيع التعاطي تسليم المشتري ما اشتراه إلى من يطلبه بالشفعة في موضع لا شفعة فيه. وكذا تسليم الوكيل بعد ما صار شراؤه لنفسه إلى الموكل إذا قبضه الآمر وأنكر الآمر وقد اشترى له، كذا في **«البحر الرائق»** ناقلاً عن المجتبى ومن صوره ما إذا جاء المودع بأمة غير المودعة وقال هذه أمتك، والمودع يعلم أنها ليست هي، وحلف، فأخذها، حل الوطء للمودع وللأمة بالتمكين. وعن أبي يوسف لو قال للخياط ليست هذه بطانتي، وحلف الخياط أنها هي، وسعه أخذها، كذا في **«البحر الرائق»**. وكذا القصار إذ رد ثوباً آخر على رب الثوب وكذا الإسكاف، كذا في **«الواقعات الحسامية»**. وجاء في **«الفتاوى البزازية»** (انظر **«الفتاوى الهندية»** (٤/٣٦٨ ـ ٣٧٠): «اشترى وقراً بثمانية، ثم قال ائت بوقر آخر وألقه هنا، ففعل، له طلب الثمن... اشترى من القصاب لحماً بدرهم وزناً وقبضه، إن كان القصاب ذبح شاته وباع منه يحل للمشتري الأكل قبل الوزن.. وللاحتياط كان السلف يمسكون الموازين في البيوت». وجاء في **«ابن عابدين»** (٤/١٦ ـ ١٧): «وهو (أي بيع التعاطي) يقتضي الإعطاء من جانب والأخذ من جانب، لا الإعطاء من الجانبين كما فهم الطرسوسي. أي حيث قال إن حقيقة التعاطي وضع الثمن وأخذ المثمن عن تراض منهما من غير لفظ. وهو يفيد أنه لا بد من الإعطاء من الجانبين لأنه من المعاطاة وهي مفاعلة اهـ. قلت وقوله من غير لفظ يفيد ما قدمناه عن **«الفتح»** من أنه لو قال بعتكه بألف. فقبضه المشتري ولم يقل شيئاً، كان قبضه قبولاً وليس من بيع التعاطي خلافاً لمن جعله منه، فإن التعاطي ليس فيه إيجاب بل قبض بعد معرفة الثمن... الإقالة تنعقد بالتعاطي أيضاً من أحد الجانبين على الصحيح اهـ. وكذا الإجارة كما في **«العمارية»**، وكذا الصرف كما في **«النهر»** مستدلاً عليه بما في **«التتارخانية»**؛ اشترى عبداً بألف درهم على أن المشتري بالخيار فأعطاه مائة دينار، ثم فسخ البيع، فعلى قول الإمام الصرف جائز ويرد الدراهم. وعلى قول أبي يوسف الصرف باطل، وهي فائدة حسنة لم أر من نبه عليها اهـ... ومن بيع التعاطي تسليم المشتري ما اشتراه إلى من يطلبه بالشفعة في موضع لا شفعة فيه. وكذا تسليم الوكيل بالشراء إلى الموكل بعد ما أنكر التوكيل. ومنه حكماً إذا جاء المودع بأمة غير المودعة، وحلف، للمودع وطؤها وكان بيعاً بالتعاطي، وعن أبي يوسف لو قال للخياط ليست هذه بطانتي، فحلف الخياط أنها هي وسعه أخذها. وينبغي تقييده بما إذا كانت العين للدافع. ومنه لو ردها بخيار عيب والبائع متيقن أنها ليست له. فأخذها، ورضي بها كما في **«الفتح»** وعلى هذا فلا بد من الرضا في جارية الوديعة والبطانة، وتمامه في **«البحر»**. وفي **«الدر المختار»** «ما يستجره الإنسان من البياع كالزيت والعدس والملح وما شاكل، إذا حاسبه على أثمانها بعد استهلاكها، جاز استحساناً».

ويمكن أن نستخلص من القواعد التي بسطناها والنصوص التي قدمناها النتيجتين الآتيتين:

أولاً: إذا أجيز عقد التعاطي باديء الأمر في الخسيس دون النفيس، واشترط قبض البدلين. فقد يحمل ذلك على أنه مطاوعة للعرف فيما ألف التعامل فيه بالتعاطي، وأنه نزول عند حكم الواقع بعد قبض البدلين وتمام تنفيذ العقد.

ثانيا: ولكن التعاطي اعتبر بعد ذلك، لا على الوجه المتقدم، بل من طريق ما يتضمن من الدلالة على الرضاء. فالفعل هنا ـ وهو التعاطي ـ يعدل القول. ويجوز إذن التعبير عن الإرادة بالفعل كما جاز التعبير عنها باللفظ فيشمل التعاطي الخسيس والنفيس، ويكفي فيه قبض أحد البدلين، ما دام أنه في الحالتين يدل على التراضي. وفي هذا رد فعل ضد الإمعان في اللفظية وتخفيف من أثر تقديم اللفظ على غيره من مظاهر التعبير عن الإرادة. ومن النصوص التي نقلناها فيما تقدم ما يؤكد اعتبار الفقهاء للتعاطي من جهة دلالته على معنى التراضي. من ذلك ما نقلناه عن **«فتح القدير»**: «وقوله هو الصحيح احتراز من قول الكرخي إنما ينعقد بالتعاطي في الخسيس فقط. . . وجه الصحيح أن المعنى، هو الدلالة على التراضي، يشمل الكل (أي الخسيس والنفيس) وهو الصحيح، فلا معنى للتفصيل». ومن ذلك أيضاً ما نقلناه عن **«الزيلعي»**: «ولا فرق بين أن يكون المبيع خسيساً أو نفيساً: وزعم الكرخي أنه ينعقد به في شيء خسيس لجريان العادة ولا ينعقد في النفيس لعدمها، والصحيح الأول لأن جواز البيع باعتبار الرضا لا بصورة اللفظ: وقد وجد التراضي من الجانبين فوجب أن يجوز».

ومما يؤكد أن الفقهاء في النهاية اعتبروا التعاطي من جهة دلالته على معنى التراضي الصحيح، أنهم استبعدوه في كل موضع تنتفي فيه هذه الدلالة: استبعدوه إذا تعارض مع الرفض الصريح، واستبعدوه كذلك إذا كان مجرد تنفيذ لعقد باطل أو فاسد.

مذهب مالك:

ومذهب مالك يجيز التعاقد بالمعاطاة، دون تمييز بين خسيس ونفيس، وسواء تم قبض البدلين جميعاً أو قبض أحد البدلين دون الآخر، ما دام كل من البدلين معلوماً. ولا يظهر في مذهب مالك التدرج الذي لاحظناه في مذهب أبي حنيفة، فهو يجيز التعاقد بالمعاطاة طفرة في جميع الصور. غير أن العقد الذي يتم بالمعاطاة لا يكون لازماً عند مالك إلاّ بقبض البدلين جميعاً. أما إذا قبض أحد البدلين دون الآخر فإن العقد يتم، ولكن لا يكون لازماً فيجوز الرجوع فيه. وإليك بعض النصوص التي تبسط هذه الأحكام:

جاء في **«الشرح الكبير»** للدردير (٣/٣): «. . . وإن حصل الرضا بمعاطاة، بأن يأخذ المشتري المبيع ويدفع للبائع الثمن، أو يدفع البائع المبيع فيدفع له الآخر ثمنه، من غير تكلم ولا إشارة ولو في غير المحقرات. ولزوم البيع فيها بالتقابض أي قبض الثمن والمثمن، وأما أصل البيع فلا يتوقف على ذلك خلافاً لما يوهمه المصنف، فمن أخذ ما علم ثمنه من مالكه ولم يدفع له الثمن فقد وجد أصل العقد لا للزومه ولا يتوقف العقد على دفع الثمن فيجوز أن يتصرف بالأكل ونحوه قبل دفع ثمنه. فلو قال المصنف وإن أعطاه لكان أحسن، أي وإن كان الدال على الرضا

إعطاء ولو من أحد الجانبين إذ كلامه في الانعقاد ولو بلا لزوم». وقال الدسوقي تعليقاً على ما تقدم: «قوله وإن بمعاطاة ـ أي هذا إذا كان دليل الرضا غير معاطاة، بأن كان قولاً أو كتابة أو إشارة، بل إن كان دليل الرضا معاطاة وفاقاً لأحمد وخلافاً للشافعي القائل لا بد من القول من الجانبين مطلقاً أي كان المبيع من المحقرات أم لا، ولأبي حنيفة غير المحقرات فلا بد فيها من القول عنده من الجانبين وتكفي المعاطاة في المحقرات. قوله ـ ولزوم البيع فيها ـ أي في المعاطاة بالتقابض أي بالقبض من الجانبين، فمن أخذ رغيفاً من شخص ودفع له ثمنه فلا يجوز له رده وأخذ بدله للشك في التماثيل، بخلاف ما لو أخذ الرغيف ولم يدفع ثمنه فيجوز له رده وأخذ بدله لعدم لزوم البيع، قوله ـ ولا يتوقف العقد ـ أي صحة العقد. وقوله ـ فيجوز أن يتصرف فيه بالأكل ونحوه ـ أي كالصدقة ـ قبل دفع ثمنه، أي إن وجد من الآخر ما يدل على الرضا وإلا لم ينعقد بيع بينهما وأكله غير حلال.

وجاء في «**الشرح الصغير**» للدردير (٢/ ٣): «وإن كان ما يدل عليه معاطاة من الجانبين ولو في غير المحقرات كالثياب والرقيق بأن يدفع المشتري الثمن للبائع ويأخذ المثمن أو يدفعه له البائع». ويقول الصاوي تعليقاً على ذلك: «قوله ـ معاطاة ـ أي وفاقاً لأحمد، وخلافاً للشافعي القائل لا بد من القول من الجانبين مطلقاً، كان المبيع من المحقرات أم لا. وقوله ولو في غير المحقرات ـ رد على أبي حنيفة في اشتراطه القول في غير المحقرات ومحل إجراء المعاطاة حيث أفادت في العرف، ولا تلزم إلاّ بالدفع من الجانبين. فيجوز التبديل في نحو الخبز بعد أخذه وقبل دفع الدراهم لا بعده، للربوية والشك في التماثل كتحقق التفاضل. ولا بد من معرفة الثمن للاستئمان».

وجاء في «**الحطاب**» (٤/ ٢٢٨): «. . . أن الركن الأول الذي هو الصيغة التي ينعقد بها البيع، هو ما يدل على الرضا من البائع ويسمى الإيجاب وما يدل على الرضا من المشتري ويسمى القبول. وسواء كان الدال قولاً كقول البائع بعتك وأعطيتك وملكتك بكذا وشبه ذلك، وقول المشتري اشتريت وتملكت وابتعت وقبلت وشبه ذلك، أو كان فعلاً كالمعاطاة وهي المناولة قاله في الصحاح، وقال الشيخ زروق، هي أن يعطيه الثمن فيعطيه المثمن من غير إيجاب ولا استيجاب لأن الفعل يدل على الرضا عرفاً والمقصود من البيع إنما هو أخذ ما في يد غيرك بعوض ترضاه، فلا يشترط القول ويكفي الفعل كالمعاطاة. . . أن الدال على الرضا المسمى بالإيجاب والقبول تارة يكون قولاً . . . وتارة يكون فعلاً واختلف فيه. فذهب مالك رحمه الله وجماعة إلى الاكتفاء بذلك، وذهب جماعة من أهل العلم إلى أنه لا ينعقد إلاّ بالقول. قال ابن رشد في المذهب واتفق الفقهاء على انعقاده باللفظ الدال على الرضا واختلفوا في انعقاده بالمعاطاة، فذهب مالك إلى انعقاده بها مطلقاً. وقال أبو حنيفة ينعقد بها في المحقرات خاصة وإليه مال الغزالي اهـ. واحتج الشافعية بأن الفعل لا دلالة له بالوضع، فلا ينعقد به البيع. واحتج المالكية بما تقدم من أن الأفعال وإن انتفت فيها الدلالة الوضعية ففيها دلالة عرفية وهي كافية، إذ المقصود من التجارة إنما هو أخذ ما في يد غيرك بدفع عوض عن طيب نفس منكما، فتكفي دلالة العرف في ذلك على طيب النفس والرضا بقول أو فعل وإن كان ذلك الفعل معاطاة. ولما كان الفعل مختلفاً في انعقاد البيع،

به نبه على ذلك المصنف بقوله وإن بمعاطاة يعني أن الدلالة على الرضا يكفي فيها الفعل لأنه يدل على الرضا في كثير من الأمور دلالة عرفية وإن كان ذلك الفعل معاطاة. وعلم من هذا أن بيع المعاطاة المحضة العاري على القول من الجانبين لا بد فيه من حضور الثمن والمثمن، ولذا قال ابن عرفة أثناء كلامه في بيعتين في بيعة وبياعات زماننا في الأسواق، إنما هي بالمعاطاة فهي منحلة قبل قبض المبيع».

وجاء في «**تهذيب الفروق**» (٣/ ١٨١): «الفرق السابع والخمسون والمائة بين قاعدة البيع، توسع العلماء فيه حتى جوز مالك وأبو حنيفة وابن حنبل البيع بالمعاطاة وهي الأفعال دون شيء من الأقوال، وزادوا على ذلك حتى قالوا كل ما عده الناس بيعاً فهو بيع. قال الشافعي لا تكفي المعاطاة دون قول. وقاعدة النكاح وقد التشدد فيها فقد اتفقوا على اشتراط الصيغ فيه حتى لا يعلم أنه وجد لأحد منهم قول بالمعاطاة فيه البتة، ويفرق بين قاعدة البيع وقاعدة النكاح على هذا بأربعة وجوه مبنية على أربع قواعد:

الوجه الأول: أن النكاح لا بد فيه من لفظ يشهد عليه أنه تزويج لا زنا وسفاح بخلاف البيع... وليس الإشهاد شرطاً في البيع فلذا جوّزوا فيه المناولة».

المذاهب الأخرى:

وفقه أحمد بن حنبل يجيز المعاطاة كفقه مالك وفقه أبي حنيفة. جاء في «**المغني**» (٤/ ٤): «الضرب الثاني المعاطاة، مثل أن يقول أعطني بهذا الدينار خبزاً فيعطيه ما يرضيه، أو يقول خذ هذا الثوب بدينار فيأخذه فهذا بيع صحيح، نص عليه أحمد فيمن قال لخباز كيف تبيع الخبز؟ قال كذا بدرهم قال زنه وتصدق به فإذا وزنه فهو عليه. وقول مالك نحو من هذا، فإنه قال يقع البيع بما يعتقده الناس بيعاً. قال بعض الحنفية يصح في خسائس الأشياء. وحكي عن القاضي مثل هذا، قال يصح في الأشياء اليسيرة دون الكبيرة. ومذهب الشافعي رحمه الله أن البيع لا يصح إلاّ بالإيجاب والقبول، وذهب بعض أصحابه إلى مثل قولنا. ولنا أن الله أحل البيع ولم يبين كيفيته فوجب الرجوع فيه إلى العرف، كما رجع إليه في القبض والإحراز والتفرق، والمسلمون في أسواقهم وبياعاتهم على ذلك، ولأن البيع كان موجوداً بينهم معلوماً عندهم، وإنما علق الشرع عليه أحكاماً وأبقاه على ما كان فلا يجوز تغييره بالرأي والتحكم، ولم ينقل عن النبي ﷺ ولا عن أصحابه مع كثرة وقوع البيع بينهم استعمال الإيجاب والقبول، ولو استعملوا ذلك في بياعاتهم لنقل نقلاً شائعاً، ولو كان ذلك شرطاً لوجب نقله. ولم يتصور منهم إماله والغفلة عن نقله، ولأن البيع مما تعم به البلوى، فلو اشترط له الإيجاب والقبول لبينه ﷺ بياناً عامّاً ولم يخف حكمه لأنه يفضي إلى وقوع العقود الفاسدة كثيراً وأكلهم المال الباطل، ولم ينقل ذلك عن النبي ﷺ ولا عن أحد من أصحابه فيما علمناه، ولأن الناس يتبايعون في أسواقهم بالمعاط في كل عصر ولم ينقل إنكاره... فكان ذلك إجماعاً... ولو كان الإيجاب والقبول شرطاً في هذه العقود لشق ذلك، ولكانت أكثر عقود المسلمين فاسدة وأكثر أموالهم محرمة، ولأن الإيجاب والقبول إنما يرادان للدلالة على التراضي، فإذا وجد ما يدل عليه من المساومة والتعاطي قام مقامهما وأجزأ عنهما لعدم

التعبد فيه»[1]. وجاء في «**الفروع**» (٢/ ٤٤٢) «ويصح بيع المعاطاة نحو أعطني بدرهم خبزاً فيعطيه ما يرضيه أو خذ هذا بدرهم فيأخذ. . . ومثله وضع ثمنه عادة وأخذه وكذا هبة، فتجهيز بنته بجهاز إلى زوج تمليك في الأصح، وذكر ابن عقيل وغيره صحة الهبة ولا بأس بذوقه حال الشراء، نص عليه وقال أيضاً لا أدري إلاّ أن يستأذن».

أما الشافعي فلا يجيز التعاقد بالمعاطاة لأنه يمعن في الأخذ باللفظية كما رأينا فيما تقدم. جاء في «**المهذب**» (١/ ٢٥٧): «ولا ينعقد البيع إلاّ بالإيجاب والقبول، فأما المعاطاة فلا ينعقد بها البيع لأن اسم البيع لا يقع عليه». وجاء في «**الوجيز**» (١/ ١٢٣): «ولا تكفي المعاطاة. . . أصلاً».

ومذهب الشيعة الجعفرية كمذهب الشافعي لا يجيز التعاقد بالمعاطاة. جاء في «**مفتاح الكرامة**» للعاملي (٤/ ١٥١ و١٥٤ و١٦٣)» لا بد من الصيغة الدالة على الرضا الباطن. . . فلا ينعقد بشيء من الكنايات كالتسليم. . وكذلك الحال في جانب القبول وسائر العقود. . . ولا تكفي المعاطاة. . . ولا تكفي الإشارة إلاّ مع العجز».

وفي مذهب الأباضية خلاف في جواز التعاقد بالمعاطاة، جاء في «**النيل**» (٢/ ١١): «وإن اتفقا على كيل معلوم، فوزن الثمن أولاً ثم كيل الطعام أو عكسه، فحمل على ذلك لا بيعت لك، أو حمل قبل وزن الثمن جيء به فقبضه البائع، فهل ينعقد بذلك إذ حقيقته المعاوضة، وقد وقعت ودفع البدل يزيل الضمان، أولاً، قولان».

وفي كتب الفقه المقارنة تلخيص للخلاف فيما بين المذاهب في التعاقد أرجعه الشعراني كعادته إلى مرتبتي الميزان. قال في «**الميزان الكبرى**» (٢/ ٧٢): ومن ذلك قول الشافعي في أرجح قوليه وأبي حنيفة وأحمد في إحدى الروايتين عنهما أنه لا ينعقد البيع بالمعاطاة[2]، مع قول مالك إن البيع ينعقد بها. فالأول مشدد، والثاني مخفف، فرجع الأمر إلى مرتبتي الميزان. ووجه الأول قوله ﷺ: «إنما البيع عن تراض»، والرضا خفي، فاعتبر ما يدل على ذلك من اللفظ، لا سيما إن وقع تنازع بعد ذلك بين البائع والمشتري وترافعا إلى الحاكم، فإنه لا يقدر على الحكم بشهود إلاّ إن شهدوا بما سمعوه من اللفظ، ولا يكفي أن يقولا رأيناه يدفع إليه دنانير مثلاً ثم دفع إليه الآخر حماراً مثلاً. ووجه قول مالك ومن وافقه أن القرينة تكفي في مثل ذلك؛ وهو قبول البائع الثمن وإعطاؤه المبيع للمشتري ولو أنه لم يرض به لم يمكنه منه. وهذا خاص بالأكابر من أهل الدين الذين لا يدعون باطلاً ويرون الحظ الأوفر لأخيهم كما كان عليه السلف الصالح وأهل الصدق في كل زمان. وأما الأول فهو خاص بأبناء الدنيا المؤثرين أنفسهم على إخوانهم، فعل ربما رد أحدهم شهادة من شهد عليه بحق وطعن في شهودخصمه. ومن ذلك قول بعضهم إنه لا يشترط اللفظ في الأشياء الحقيرة كرغيف وحزمة بقل، مع قول بعضهم إنه يشترط. فالأول مخفف، والثاني مشدد،

---

(١) انظر أيضاً «**الشرح الكبير**» على المقنع (٤/ ٤).

(٢) يبدو أن نقل مذهبي أبي حنيفة وأحمد هنا غير دقيق، كما يظهر مما قدمناه.

على وزن ما تقدم في الأمور الخطيرة. وضابط الخطير والحقير أن كل ما تحتاج الناس فيه إلى الترافع إلى الحكام فهو خطير، وكل ما لا يحتاجون فيه إلى ذلك فهو حقير».

٤ ـ أي موقف آخر يدل على الرضاء:

ولنا بعد ما قدمناه أن نستخلص من نصوص الفقه الإسلامي، في مذاهبه المختلفة، أن هناك ميلاً واضحاً إلى العدول عن مذهب اللفظية الضيق الذي التزمه الشافعي في بعض الروايات عنه، وإلى اعتبار التعاقد جائزاً بالرسالة وبالكتابة وبالإشارة وبالتعاطي، من حيث دلالة كل ذلك على التراضي، ومن ثم إلى اعتبار التعاقد جائزاً باتخاذ أي مسلك آخر لا تدع ظروف الحال شكّاً في دلالته على التراضي. وفي هذا يتلاقى الفقه الإسلامي مع الفقه الغربي.

رأينا في نصوص المذهب الحنفي ما يؤيد ذلك. فقد سبق أن نقلنا عن الزيلعي (٤/ ٤) قوله: «جواز البيع باعتبار الرضا لا بصورة اللفظ». وننقل عن السرخسي في **«المبسوط»** (١١/ ١٥٠). «العقد قد ينعقد بالدلالة كما ينعقد بالتصريح». وننقل عن الكاساني في **«البدائع»** (٥/ ٢٦١ ـ ٢٦٢): الشرط قد يثبت نصّاً أو دلالةً... وأما الاختيار من طريق الدلالة فهو أن يوجد منه فعل في أحدهما يدل على تعيين الملك فيه، وهو كل تصرف هو دليل اختيار الملك في الشراء بشرط الخيار ويقول الكاساني أيضاً (٥/ ٢٧٠): «ولو كان المبيع دابة فركبها، فإن ركبها لحاجة نفسه كان إجازة وإن ركبها ليسقيها أو يشتري لها علفاً أو ليردها على بائعها، فالقياس أن يكون إجازة لأنه يمكن أن يفعل ذلك قوداً وفي الاستحسان لا يكون إجازة وهو على خياره لأن ذلك مما لا بد منه، خصوصاً إذا كانت الدابة صعبة لا تنقاد بالقود فكان ذلك من ضرورات الرد فلا يجعل إجازة. ولو ركبها لينظر إلى سيرها لا يبطل خياره، لأنه لا بد له من ذلك للاختيار. بخلاف خيار العيب أنه إذا ركبها بعد ما علم بالعيب يبطل خياره لأن له منه بدّاً، ولا حاجة إلى الركوب هناك لمعرفة سيرها، فكان دليل الرضا بالعيب». وجاء في **«ابن عابدين»** (٤/ ٩): «فإن من الفروع ما لو قال كل هذا الطعام بدرهم، فأكله، تم البيع وأكله حلال. والركوب واللبس، بعد قول البائع اركبها بمائة والبسه بكذا، رضا بالبيع. وكذا إذ قال بعتكه بألف فقبضه ولم يقل شيئاً، كان قبضه قبولاً، بخلاف بيع التعاطي فإنه ليس فيه إيجاب بل قبض بعد معرفة الثمن فقط، ففي جعل الأخيرة من صور التعاطي كما فعل بعضهم نظر اهـ». ونرى ابن عابدين هنا يميز تمييزاً دقيقاً بين بيع التعاطي والبيع الذي يتم بالإيجاب والقبول ويكون الإيجاب فيه باللفظ أما القبول فيكون فعلاً يدل على الرضاء. وقد سبق أن نقلنا منه في هذا المعنى ما يأتي (٤/ ١٦ ـ ١٧): «لو قال بعتكه بألف، فقبضه المشتري ولم يقل شيئاً، كان قبضه قبولاً وليس من بيع التعاطي، خلافاً لمن جعله منه، فإن التعاطي ليس فيه إيجاب بل قبض بعد معرفة الثمن».

ورأينا في نصوص مذهب مالك ما يؤيد ذلك أيضاً. بل إن مذهب مالك هو أكثر المذاهب ابتعاداً عن اللفظية، وأقربها إلى الأخذ بالدلالة العرفية دون الدلالة الوضعية. قد سبق أن نقلنا عن **«الحطاب»** (٤/ ٢٢٨) ما يأتي: «واحتج المالكية بما تقدم من أن الأفعال وإن انتفت منها الدلالة الوضعية ففيها دلالة عرفية، وهي كافية، إذ المقصود من التجارة إنما هو أخذ ما في يد غيرك بدفع

عوض عن طيب نفس منكما، فتكفي دلالة العرف في ذلك على طيب النفس، والرضا بقول أو فعل». ومالك، كما نقلنا عن **«المغني»** (٤/ ٤)، يقول: «يقع البيع بما يعتقده الناس بيعاً».

ورأينا في نصوص مذهب أحمد ما هو صريح في هذا **«المغني»**. فقد نقلنا عن **«المغني»** أيضاً (٤/ ٤): «. . ولأن الإيجاب والقبول إنما يرادان للدلالة على التراضي، فإذا وجد ما يدل عليه من المساومة والتعاطي قام مقامهما وأجزأ عنهما لعدم التعبد فيه».

ويؤكد الفقهاء المحدثون هذا المعنى في عبارات واضحة صريحة. من ذلك ما يقوله الأستاذ علي الخفيف **«أحكام المعاملات الشرعية»** (١٥٥ ـ ١٥٦): «الثالث أنها تنعقد بكل ما يدل على مقصود العاقدين دلالة واضحة من قول أو فعل جرى به العرف أو لم يجر، ليس لذلك حد مقرر سوى ما ذكرنا لا في شرع ولا في لغة، بل يتنوع ويتعدد بتنوع الاصطلاحات وتعددها، كما في تنوع اللغات وتعددها. فإن لمعنى البيع والإجارة والرهن وغيرها من العقود ألفاظاً كثيرة متعددة في جميع اللغات، ولا يجب على الناس التزام لفظ منها. وكذلك تتنوع الكتابة عند الكاتبين، والإشارة عند الخرس، فلا يتقيد بكتابة خاصة ولا بإشارة خاصة ما دام الإفهام متوافراً، لأنه المناط، وما اعتبرت الألفاظ والكتابة والإشارة إلاّ دوال عليه، وليست في الواقع إلاّ أفعالاً قد يقوم بها اللسان أو البنان أو الرأس أو الأيدي، فوجب أن تكون جميع الأفعال الدالة على الغرض مثلها، إذ التفرقة بينها حينئذٍ تعتبر تحكماً ليس له مبرر. وإذن فالعبرة بالإفهام، سواء أكان كل من الإيجاب والقبول كلاماً أو كتابة أو إشارة أو فعلاً، أم كان أحدهما كلاماً والآخر كتابة أو إشارة أو فعلاً. فإذا قلت لإنسان خذ هذا الكتاب بجنيه، فسلمته إليه، تم البيع، وإذا ركبت الترام، فأخذ منك الكمسارى أجر ركوبك. تمت الإجارة. وإذا دفعت الثوب إلى الحائك، فأخذه منك، تمت الإجارة، وهكذا. وهذا ما يتفق مع أصول مذهب مالك، وهو ظاهر مذهب أحمد وهو أرجح الأقوال الثلاثة عندي لقوة مبناه» ومن ذلك أيضاً ما يقوله الأستاذ محمد أبو زهرة **«الملكية ونظرية العقد»** ٢٠٥ ـ ٢٠٦): «. . . فكل ما عده الناس دالاً على البيع ينعقد البيع به، وكل ما يعتبره الناس دالاً على الإجارة فالإجارة تنعقد به وليس لذلك حد لا في شرع ولا في لغة، بل يتنوع بتنوع الناس، كما تتنوع لغاتهم. . . ولا يجب على الناس التزام نوع معين من الاصطلاحات في المعاملات، ولا يحرم عليهم التعاقد بغير ما يتعاقد به غيرهم من أهل لغة أخرى، إذا كان ما تعاقدوا به دالاً على مقصودهم وإن كان قد يستحب بعض الصفات اللفظية للاستيثاق من حكاية الصورة الحسية للنية الخفية والضمير المستكن. وهذا القول هو الغالب على أصول مالك، وظاهر مذهب أحمد». ومن ذلك أخيراً ما يقوله الأستاذ محمد يوسف موسى **«الأموال ونظرية العقد في الفقه الإسلامي»** ٢٧٢ ـ ٢٧٣): «وأخيراً نجد مذهباً تيسيراً من سابقه، وهو الذي يرى أن العقد، مهما كان أمره وموضوعه، ينعقد بالقول أو الفعل الدال دلالة لا لبس فيها على إرادتي كل من طرفيه، سواء كان العقد على هذا الوضع متعارفاً أم غير متعارف. فكل ما يدل على البيع ينعقد به، وكل ما يدل على الإجارة تنعقد بها، وكذلك الشركة والوكالة والسلم والعقود الأخرى على اختلافها وتعددها. إن الضابط عند الذين ذهبوا هذا المذهب هو أن يكون ما يستعمله العاقدان من قول أو فعل يدل بيقين على ما يريدانه من إنشاء العقد وإبرامه، دون نظر إلى ما تعورف من الصيغ

والأشكال التي ينعقد بها العقد. وهكذا نرى هذا الرأي يسير في عدم الشكلية إلى أقصى الحدود، وهو الرأي الغالب على أصول مذهب مالك، كما أنه ظاهر مذهب ابن حنبل، وهو ما نرضاه رأياً لنا»[١].

كل هذا يدل على أن من المقبول في الفقه الإسلامي. وهذه نصوصه، القول بأن أي مظهر للتعبير عن الإرادة ما دام قاطعاً في دلالته على الرضاء يكفي في انعقاد العقد. وعلى هذا التخريج جرت المادة ٧٩ من التقنين المدني العراقي الجديد بما يأتي: «كما يكون الإيجاب أو القبول بالمشافهة، يكون بالمكاتبة، وبالإشارة الشائعة الاستعمال ولو من غير الأخرس، وبالمبادلة العقلية الدالة على التراضي، وباتخاذ أي مسلك آخر لا تدع ظروف الحال شكّاً في دلالته على التراضي».

٥ ـ السكوت:

بقي السكوت على اعتبار أنه دال على الرضا. والسكوت مظهر للتعبير عن الإرادة يختلف عن جميع المظاهر الأخرى التي قدمناها، بأنه موقف سلبي محض. فالساكت لم يعبر بطريق إيجابي عن أية إرادة. لذلك قيل في الفقه الإسلامي «لا ينسب لساكت قول»، ويصدق هذا على الإيجاب دون القبول، فالإيجاب لا يمكن أن يستخلص من محض السكوت، أما القبول فيجوز استخلاصه من الظروف الملابسة ولذلك قبل تكملة للعبارة الأولى: «ولكن السكوت في معرض الحاجة بيان».

وقد جاء في «**الأشباه والنظائر**» لابن نجيم (٧٨) بيان للحالات التي يعتبر فيها السكوت قبولاً نظراً للظروف الملابسة فيما يأتي: «لا ينسب إلى ساكت قول؛ فلو رأى أجنبيّاً يبيع ما له فسكت ولم ينهه لم يكن وكيلاً بسكوته، ولو رأى القاضي الصبي أو المعتوه أو عبدهما يبيع ويشتري فسكت لا يكون إذناً في التجارة، ولو رأى المرتهن الراهن يبيع الرهن فسكت لا يبطل الرهن ولا يكون رضا في رواية، ولو رأى غيره يتلف ما له فسكت لا يكون إذناً بإتلافه. ولو رأى عبده يبيع عيناً من أعيان المالك فسكت لم يكن إذناً؛ كذا ذكره الزيلعي في المأذون؛ ولو سكت عن وطء أمته لم يسقط المهر، وكذا عن قطع عضوه أخذاً من سكوته عند إتلاف ماله، ولو رأى المالك رجلاً يبيع متاعه وهو حاضر ساكت لا يكون رضا عندنا خلافاً لابن أبي ليلى، ولو رأى قنه يتزوج فسكت ولم ينهه لا يصير إذناً له في النكاح، ولو تزوجت غير كفء فسكوت الولي عن مطالبة

---

(١) ويشير كل من الأستاذ محمد أبو زهرة والأستاذ محمد يوسف موسى إلى فتاوي ابن تيمية (٣/ ٢٦٧ ـ ٢٧١). وقد، جاء في هذه «الفتاوى» ما يأتي: «إنها (أي العقود) تصح بالأفعال كالمبيعات بالمعاطاة وكالوقوف في مثل من بنى مسجداً وأذن للناس في الصلاة فيه، أوسبل أرضاً للدفن أو بنى مطهرة وسبلها للناس. وكبعض أنواع الإجارة، كمن دفع ثوبه إلى غسال أو خياط يعمل بالأجرة، أو ركب سفينة ملاح، وكالهدية ونحو ذلك. فإن هذه العقود لو لم تنعقد بالأفعال الدالة عليها لفسدت أموال الناس. ولأن الناس من لدن النبي ﷺ إلى يومنا هذا، مازالوا يتعاقدون في مثل هذه الأشياء بلا لفظ، بل بالفعل الدال على المقصود وهذا القول يسير على أصول أبي حنيفة، وهو قول في مذهب أحمد» (**«فتاوي ابن تيمية»** (٣/ ٢٦٧ ـ ٢٦٨).

التفريق ليس برضا وإن طال ذلك، وكذا سكوت امرأة العنين ليس برضا ولو أقامت معه سنين وهي في «**جامع الفصولين**»، وفي عارية «**الخانية**» الإعارة لا تثبت بالسكوت. وخرجت عن هذه القاعدة مسائل كثيرة يكون السكوت فيها كالنطق.

الأولى: سكوت البكر عند استئمار وليها قبل التزويج وبعده.

الثانية: سكوتها عند قبض مهرها.

الثالثة: سكوتها إذا بلغت بكراً.

الرابعة: حلفت ألا تتزوج فزوجها أبوها فسكتت حنثت.

الخامسة: سكوت المتصدق عليه قبول الموهوب له.

السادسة: سكوت المالك عند قبض الموهوب له أو المتصدق عليه إذن.

السابعة: سكوت الوكيل قبول ويرتد برده.

الثامنة: سكوت المقر له قبول ويرتد برده.

التاسعة: سكوت المفوض له قبول التفويض وله رده.

العاشرة: سكوت الموقوف عليه قبول ويرتد برده وقيل لا.

الحادية عشر: سكوت أحد المتبايعين في بيع التلجئة حين قال صاحبه قد بدا لي أن أجعله بيعاً صحيحاً.

الثانية عشر: سكوت المالك القديم حين قسمة ماله بين القائمين رضا.

الثالثة عشر: سكوت المشتري بالخيار حين رأى العبد يبيع ويشتري مسقط لخياره.

الرابعة عشر: سكوت البائع الذي له حق حبس المبيع حين رأى المشتري قبض المبيع أذن بقبضه صحيحاً كان البيع أم فاسداً.

الخامسة عشر: سكوت الشفيع حتى علم بالبيع مسقط الشفعة.

السادسة عشر: سكوت المولى حين رأى عبده يبيع ويشتري إذن في التجارة.

السابعة عشر: لو حلف المولى لا يأذن له فسكت حنث في ظاهر الرواية.

الثامنة عشر: سكوت القن وانقياده عند بيعه أو رهنه أو دفعه بجناية إقرار برقه إن كان يعقل، بخلاف سكوته عند إجارته أو عرضه للبيع أو تزويجه.

التاسعة عشر: لو حلف لا ينزل فلاناً في داره وهو نازل في داره حنث، لا لو قال له أخرج منها فأبى أن يخرج فسكت.

العشرون: سكوت الزوج عند ولادة المرأة وتهنئته إقرار به فلا يملك نفيه.

الحادية والعشرون: سكوت المولى عند ولادة أم ولده إقرار به.

الثانية والعشرون: السكوت قبل البيع عند الإخبار بالعيب رضا بالعيب إن كان المخبر عدلاً،

لا لو كان فاسقاً عنده، وعندهما هو رضا ولو كان فاسقاً.

الثالثة والعشرون: سكوت البكر عند إخبارها بتزويج الولي على هذا الخلاف.

والرابعة والعشرون: سكوته عند بيع زوجته أو قريبه عقاراً إقرار بأنه ليس له على ما أفتى به مشايخ سمرقند خلافاً لمشايخ بخارى فينظر المفتي فيه.

الخامسة والعشرون: رآه يبيع أرضاً أو داراً فتصرف فيه المشتري زماناً وهو ساكت تسقط دعواه.

السادسة والعشرون: أحد شريكي العنان قال للآخر إني أشتري هذه الأمة لنفسي خاصة فسكت الشريك لا تكون لهما.

السابعة والعشرون: سكوت الموكل حين قال له الوكيل بشراء معين إني أريد شراءه لنفسي فشراه كان له.

الثامنة والعشرون: سكوت ولي الصبي العاقل إذا رآه يبيع ويشتري إذن.

التاسعة والعشرون: سكوته عند رؤية غيره يشق زقه حتى سال ما فيه رضا.

الثلاثون: سكوت الحالف لا يستخدم مملوكه إذا خدمه بلا أمره ولم ينهه حنث.

هذه الثلاثون في جامع الفصولين وغيره، وزدت ثلاثاً، اثنين من القنية.

الأول: دفعت في تجهيزها لبنتها أشياء من أمتعة الأب وهو ساكت فليس له الاسترداد.

الثانية: أنفقت الأم في جهازها ما هو معتاد فسكت الأب لم تضمن الأم.

الثالثة: باع جارية وعليها حلي وقرطان ولم يشترط ذلك للمشتري لكن تسلم المشتري الجارية وذهب بها والبائع ساكت كان سكوته بمنزلة التسليم فكان المال لها، كذا في «**الظهيرية**». ثم زدت أخرى: القراءة على الشيخ وهو ساكت ينزل منزلة نطقه في الأصح. وأخرى على خلاف فيها: سكوت المدعي عليه ولا عذر به إنكار، وقيل لا ويحبس، وهي في قضاء الخلاصة. فهي خمس وثلاثون: ثم رأيت أخرى كتبتها في الشرح من الشهادات: سكوت المزكي عند سؤاله عن الشاهد تعديل.

السابعة والثلاثون: سكوت الراهن عند قبض المرتهن العين المرهونة إذن كما في «**القنية**»، انتهى».

وجاء فى «**الأشباه والنظائر**» للسيوطي (٩٧ ـ ٩٨): «لا ينسب إلى ساكت قول، هذه عبارة الشافعي رضي الله عنه. ولهذا لو سكت عن وطء أمته لا يسقط المهر قطعاً، أو عن قطع عضو منه أو إتلاف شيء من ماله مع القدرة على الدفع لم يسقط ضمانه بلا خلاف، بخلاف ما لو أذن في ذلك. ولو سكتت الثيب عند الاستئذان في النكاح لم يقم مقام الإذن قطعاً. ولو علم البائع بوطء المشتري الجارية في مدة الخيار لا يكون إجازة في الأصح، ولو حمل من مجلس الخيار ولم يمنع من الكلام لم يبطل خياره؛ وخرج عن القاعدة صور. منها البكر سكوتها في النكاح إذن للأب والجد قطعاً، ولسائر العصبة والحاكم في الأصح. ومنها سكوت المدعي عليه عن الجواب بعد

عرض اليمين عليه يجعله كالمنكر الناكل وترد اليمين على المدعي. ومنها لو نقض أهل الذمة ولم ينكر الباقون بقول ولا فعل بل سكتوا انتقض فيها أيضاً. ومنها لو رأى السيد عبده يتلف مالاً لغيره وسكت عنه ضمنه. ومنها إذا سكت المحرم وقد حلقه الحلاق مع القدرة على منعه لزمته الفدية في الأصح. ومنها لو باع العبد البالغ وهو ساكت صح البيع، ولا يشترط أن يعرف البائع سيده في الأصح. ومنها القراءة على الشيخ وهو ساكت ينزل منزلة لفظه في الأصح. ومنها مسائل أخرى ذكرها القاضي جلال الدين البلقيني، أكثرها على ضعيف وبعضها اقترن به فعل قام مقام النطق؛ وبعضها فيه نظر».

من هذه النصوص يتبين أن السكوت في الفقه الإسلامي يعتبر قبولاً إذا اقترنت به ملابسات تجعل دلالته تنصرف إلى الرضاء. وقد أخذ التقنين المدني العراقي بهذه القاعدة، فجرت المادة ٨١ منه بما يأتي:

١ ـ «لا ينسب إلى ساكت قول، ولكن السكوت في معرض الحاجة إلى البيان يعتبر قبولاً».

٢ ـ «ويعتبر السكوت قبولاً بوجه خاص إذا كان هناك تعامل سابق بين المتعاقدين واتصل الإيجاب بهذا التعامل، أو إذا تمحض الإيجاب لمنفعة من وجه إليه. وكذلك يكون سكوت المشتري بعد أن يتسلم البضائع التي اشتراها قبولاً لما ورد في قائمة الثمن من شروط».

فعدد التقنين العراقي من هذه الملابسات التي تصرف دلالة السكوت إلى الرضاء ثلاثة.

أولاً: إذا كان هناك تعامل سابق بين المتعاقدين واتصل الإيجاب بهذا التعامل ويدخل في ذلك سكوت المالك عند قبض الموهوب له أو المتصدق عليه، وسكوت أحد المتبايعين في بيع التلجئة، وسكوت المشتري بالخيار حين رأى العبد يبيع ويشتري، وسكوت البائع الذي له حق حبس المبيع حين رأى المشتري قبض المبيع، وسكوت الراهن عند قبض المرتهن العين المرهونة.

ثانياً: إذا تمحض الإيجاب لمنفعة من وجه إليه. ويدخل في ذلك سكوت المتصدق عليه، وسكوت المفوض، وسكوت الموقوف عليه.

ثالثاً: سكوت المشتري بعد أن يتسلم البضائع التي اشتراها قبول ما ورد في قائمة الثمن من شروط. والملابس هنا فرع عن ملابس أعم، هو أن يكون الشخص في وضع بحيث لو لم يكن راضياً لما سكت عن التصريح بالرفض فيعتبر سكوته رضاء ويدخل في ذلك البكر عند الزواج فهي تتحرج من إظهار الرضاء لا من التصريح بالرفض، بخلاف الثيب فهي لا تتحرج في الحالتين. ويدخل في ذلك أيضاً سكوت الشفيع حين علم بالبيع ودلالة السكوت هنا الرفض لا القبول. ويدخل في ذلك أخيراً سكوت المولى حين رأى عبده يبيع ويشتري، وسكوت القن، وسكوت الزوج عند الولادة، وسكوت المولى عند ولادة أم ولده، والسكوت قبل البيع عند الإخبار بالعيب، والسكوت عند بيع الزوجة أو القريب عقاراً، وسكوت شريك العنان، وقس على ذلك سائر الحالات التي ورد ذكرها في النصوص.

محتوى الجزء الأول

تمهيد

مقدمة

١ ـ الحق الشخصي والحق العيني ومصادر كل منهما في الفقه الإسلامي

١ ـ الحق الشخصي والحق العيني في الفقه الإسلامي

أولاً ـ الحق الشخصي أو الالتزام

ثانياً ـ الحق العيني

(أ) الحقوق العينية الأصلية

(ب) الحقوق العينية التبعية

٢ ـ حصر مصادر الحق في الفقه الإسلامي

أولاً ـ مصادر الحق الشخصي أو الالتزام

(أ) العقد

(ب) الإرادة المنفردة

(حـ) العمل غير المشروع

(د) الإثراء بلا سبب

(هـ) القانون

ثانياً ـ مصادر الحق العيني

القسم الأول

التصرف القانوني في الفقه الإسلامي

تمهيد

تعريف العقد وتقسيماته

١ ـ تعريف العقد

٢ ـ تقسيمات العقد

الباب الأول

أركان العقد

الفصل الأول

التراضي

الفرع الأول

وجود التراضي

المبحث الأول ـ صيغة العقد

المطلب الأول ـ التعبير عن الإرادة باللفظ صيغة العقد اللفظية

١ ـ الأخذ بالإرادة الظاهرة إذا كانت واضحة

٢ ـ استعراض النصوص الفقهية في صيغة العقد اللفظية

المطلب الثاني ـ التعبير عن الإرادة بمظاهر خارجية غير اللفظ

مصادر الحق

في

الفقه الإسلامي

(٢)

مصادر الحق

في

الفقه الإسلامي

(٢)

مصادر الحق

في

الفقه الإسلامي

دراسة مقارنة بالفقه الغربي

الجزء الثاني

توافق الإرادتين في مجلس العقد ـ صحة التراضي

(الغلط ـ التدليس ـ الإكراه)

ألقاها

الدكتور عبد الرزاق السَّنهوري

(توفي عام ١٩٧١ م)

(على طلبة قسم الدراسات القانونية)

١٩٥٣ ـ ١٩٥٤

طبعة جديدة منقحة مصححة بتصحيح

مكتب التحقيق بدار إحياء التراث العربي

دار إحياء التراث العربي   مؤسسة التاريخ العربي

بيروت ـ لبنان

الطبعة الأولى

دار إحياء التراث العربي
للطباعة والنشر والتوزيع

DAR EHIA AL-TOURATH AL-ARABI
Publishing & Distributing

بيروت - لبنان - شارع دكاش - هاتف: ٢٧٢٦٥٢ - ٢٧٢٦٥٥ - ٢٧٢٧٨٢ - ٢٧٢٧٨٣ فاكس: ٨٥٠٧١٧ - ٨٥٠٦٢٣ ص.ب: ١١/٧٩٥٧

Beyrouth - Liban - Rue Dakkache - Tel. 272652 - 272655 - 272782 - 272783 Fax: 850717 - 850623 P.O.Box; 7957/11

المبحث الثاني
تطابق الإرادتين في مجلس العقد

كيف ينعقد العقد؟

إذا أوجب أحد المتعاقدين العقد بالصيغة الدالة عليه على النحو الذي قدمناه، كان للمتعاقد الآخر أن يقبل هذا الإيجاب إلى حين انفضاض المجلس وهذا ما يسمى بخيار القبول.

ولما كان الموجب نفسه بالخيار أيضاً، في أكثر المذاهب، بين البقاء على إيجابه أو الرجوع فيه، فمعنى ذلك أن الإيجاب غير ملزم، وللموجب أن يرجع عن إيجابه قبل صدور القبول. وهذا ما يسمى بخيار الرجوع.

فإذا انفض المجلس دون أن يصدر القبول، سقط الإيجاب.

وإذا بقي الموجب على إيجابه، وصدر من المتعاقد الآخر قبل انفضاض المجلس قبول يطابق الإيجاب من جميع الوجوه، انعقد العقد.

ومن ثم نرى أن عدم استعمال الموجب لخياره في الرجوع من جهة، ثم استعمال القابل لخياره في القبول من جهة أخرى، هذا هو الذي يجعل العقد ينعقد.

المسائل التي تبحث

ويجب أن نميز على غرار الفقه الغربي الحديث بين ما إذا كان التعاقد بين حاضرين أو بين غائبين، لنعالج كلاً من الفرضين. ثم نعرض بعد ذلك لبعض حالات في التعاقد نفردها بالذكر. فعندنا إذن موضوعات ثلاثة:

١ ـ التعاقد بين الحاضرين.

٢ ـ التعاقد بين الغائبين.

٣ ـ حالات خاصة في إبرام العقد.

المطلب الأول
التعاقد بين الحاضرين

مسألتان:

في التعاقد بين الحاضرين يجب تطابق الإيجاب والقبول في مجلس العقد.

فعندنا مسألتان: (١) مجلس العقد. (٢) تطابق الإيجاب والقبول.

١ ـ مجلس العقد

(أ) نظرية مجلس العقد

الغرض من نظرية مجلس العقد:

يجب أن يكون الإيجاب والقبول في مجلس واحد، فاتحاد المجلس شرط في الانعقاد، وهذه هي نظرية مجلس العقد. والغرض من هذه النظرية هو تحديد المدة التي يصح أن تفصل القبول عن الإيجاب، حتى يتمكن مَن عرض عليه الإيجاب من المتعاقدين أو يتدبر أمره فيقبل الإيجاب أو يرفضه. ولو اشترطنا أن يكون القبول فوراً لتضرر المتعاقد الآخر، إذ لا يتهيأ له وقت للتدبر. وهذه مسألة لم تعالج علاجاً خاصًا في الفقه الفرنسي. أما الفقه الإسلامي فقد صاغ لها نظرية مجلس العقد، وهي نظرية بلغت من الإتقان مدى كبيراً لولا إغراقها في المادية. فلا يطلب من المتعاقد الآخر القبول فوراً، بل له أن يتدبر بعض الوقت. ولكن من جهة أخرى لا يُسْمَحُ له أن يمعن في تراخيه إلى حد الإضرار بالموجب بإبقائه معلقاً مدة طويلة دون الرد على إيجابه. فوجب إذن التوسط بين الأمرين. ومن هنا نبتت نظرية مجلس العقد.

حدود مجلس العقد ـ العلة الفنية فيه:

ويؤخذ مما سنورده من النصوص أن مجلس العقد هو المكان الذي يوجد فيه المتعاقدان. ويبدأ من وقت صدور الإيجاب. ويبقى ما دام المتعاقدان منصرفين إلى التعاقد ولم يبدُ إعراض من أي منهما.

فإن بدا إعراض من أحدهما، فقد انفض مجلس العقد.

وإن قام أحدهما وترك المكان الذي صدر فيه الإيجاب، فقد انفض أيضاً مجلس العقد.

وإن رد المتعاقد الآخر على الإيجاب، قبولاً أو رفضاً، ففي رأينا أن مجلس العقد يكون قد استنفد أغراضه.

أما إذا انفض مجلس العقد دون قبول، فقد سقط الإيجاب. ولا يجوز بعد ذلك للمتعاقد الآخر أن يقبل. فإن فعل، عد قبوله إيجاباً مبتدأ، لا بد فيه من قبول المتعاقد الأول في مجلس الإيجاب المبتدأ.

والعلة الفنية في مجلس العقد ـ كما يبدو أيضاً من النصوص التي سنوردها ـ إن الأصل هو ألا يتوقف الإيجاب على وجود القبول. ذلك أنه إذا وجد القبول انعدم الإيجاب من زمان وجوده، فوجد القبول والإيجاب منعدم، ولكن اعتبار ذلك يسد باب التعاقد. فتوقف الإيجاب على القبول حكماً في مجلس العقد، وجعل المجلس جامعاً للشطرين مع تفرقهما للضرورة. وعند الشافعي حق الضرورة مقضى بالفور، فوجب أن يصدر القبول فوراً عقب الإيجاب، وإنما يكون للقابل خيار المجلس للتدبر على النحو الذي سنبسطه فيما بعد.

النصوص:

ونورد الآن نصوص الفقه الإسلامي، في مذاهبه المختلفة، فيما قدمناه من الأحكام.

المذهبان الحنفي والشافعي: جاء في «**البدائع**» (١٣٦/٥) ما يأتي:

«وأما الذي يرجع إلى مكان العقد فواحد وهو اتحاد المجلس، بأن كان الإيجاب والقبول في مجلس واحد. فإن اختلف المجلس لا ينعقد، حتى لو أوجب أحدهما البيع، فقام الآخر عن المجلس قبل القبول، أو اشتغل بعمل آخر يوجب اختلاف المجلس، ثم قبل، لا ينعقد. لأن القياس يتأخر أحد الشطرين عن الآخر في المجلس، لأنه كلما وجد أحدهما انعدم الثاني من زمان وجوده، فوجد الثاني والأول منعدم. فلا ينتظم الركن. إلا أن اعتبار ذلك يؤدي إلى انسداد باب البيع، **فتوقف أحد الشطرين على الآخر حكماً وجعل المجلس جامعاً للشطرين مع تفرقهما للضرورة**. وحق الضرورة يصير مقضيًا عند اتحاد المجلس، فإذا اختلف لا يتوقف. وهذا عندنا. وعند الشافعي رحمه الله الفور مع ذلك شرط لا ينعقد الركن بدونه. وجه قوله ما ذكرنا أن القياس ألا يتأخر أحد الشطرين عن الآخر، والتأخر لمكان الضرورة وأنها تندفع بالفور. ولنا أن في ترك اعتبار الفور ضرورة، لأن القابل يحتاج إلى التأمل، ولو اقتصر على الفور لا يمكنه التأمل».

وجاء في «**الهداية**» (انظر «**فتح القدير**» (٧٨/٥ ـ ٨٢) ما يأتي:

«وإنما يمتد (خيار القبول) إلى آخر المجلس لأن المجلس جامع المتفرقات، فاعتبرت ساعاته ساعة واحدة دفعاً للعسر وتحقيقاً لليسر... قال: وأيهما قام عن المجلس قبل القبول بطل الإيجاب، لأن القيام دليل الإعراض والرجوع وله ذلك على ما ذكرناه».

وجاء في «**فتح القدير**» (٧٨/٥ ـ ٨٢) تعليقاً على ما جاء في «**الهداية**» ما يأتي:

«وله أن يقبل ما دام المجلس قائماً، فإن لم يقبل حتى اختلف المجلس لا ينعقد. واختلافه باعتراض ما يدل على الإعراض من الاشتغال بعمل آخر ونحوه. أما لو قام أحدهما ولم يذهب فظاهر «**الهداية**»؛ وعليه مشى جمع، أنه لا يصح القبول بعد ذلك وإليه ذهب قاضيخان حيث قال فإن قام أحدهما بطل يعني الإيجاب لأن القيام دليل الإعراض. فإن قيل: الصريح أقوى من الدلالة فلو قال بعد القيام: قبلت ينبغي ألا يثبت الإعراض، قلنا: الصريح إنما كان أقوى ويعمل إذا بقي الإيجاب بعد قيامه وهنا لم يبق، فإن الأصل ألا يبقى اللفظ بعد الفراغ منه، ولا يجتمع قوله: قبلت له، إلا أن للمجلس أثراً في جمع المتفرقات وبالقيام لا يبقى المجلس. وقال شيخ الإسلام في «**شرح الجامع**»: إذا قام البائع ولم يذهب عن ذلك المكان ثم قبل المشتري صح، وإليه أشير في جمع التفاريق؛ وهذا شرح لقوله فيما يأتي: وأيهما قام إلى آخره»[١].

---

(١) وجاء في «**الفتاوى الخانية**» (١٣١/٢): «رجل قال لغيره: بعتك بألف درهم فقال: لا أقبل بل أعطنيه بخمسمائة؛ ثم قال: قد أخذته بألف درهم. قال أبو يوسف رحمه الله تعالى إن دفعه إليه فهو رضا وإلا فلا. (والذي يستخلص من هذا القول أن الآخر رفض الإيجاب فسقط، ثم تقدم بإيجاب جديد لم يقبل، ثم عاد إلى الإيجاب الأول، فوجب إما أن يصدر قبول من البائع وإما أن يتم البيع بالتعاطي، ولا يعتبر على كل حال

مذهب مالك: جاء في «**الحطاب**» (٤/ ٢٤٠):

«والذي تحصل عندي من كلام أهل المذهب أنه إذا أجابه في المجلس بما يقتضي الإمضاء والقبول من غير فاصل لزمه البيع اتفاقاً، وإن تراخى القبول عن الإيجاب حتى انقضى المجلس لم يلزمه البيع اتفاقاً، وكذا لو حصل فاصل يقتضي الإعراض عما كانا فيه حتى لا يكون جوابه جواباً للكلام السابق في العرف لم ينعقد البيع. . . ولا يشترط ألا يحصل بين الإيجاب والقبول فصل بكلام أجنبي عن العقد ولو كان يسيراً كما يقول الشافعية».

مذهب أحمد: جاء في «**الشرح الكبير**» على «**المقنع**» (٤/ ٤):

«وإن تراخى القبول عن الإيجاب صح ما داما في المجلس ولم يتشاغلا بما يقطعه، وإلا فلا، لأن حالة المجلس كحالة العقد بدليل أنه يكتفي بالقبض فيه لما يشترط قبضه. فإن تفرقا عن المجلس أو تشاغلا بما يقطعه لم يصح، لأن العقد إنما يتم بالقبول فلم يتم مع تباعده عنه كالاستثناء والشرط وخبر المبتدأ الذي لا يتم الكلام إلا به».

ونرى من ذلك أن مذهب أحمد، على خلاف المذهب الشافعي، لا يشترط الفور في القبول. وسنرى فيما بعد أنه يقول مع ذلك بخيار المجلس. وفي هذا إغراق لم يقع فيه مذهب الشافعي. فإن خيار المجلس في هذا المذهب الأخير يعوض على القابل ما فاته من فرصة للتدبر باشتراط الفور في القبول. أما مذهب أحمد فيجعل للقابل فرصتين للتدبر: يرخص له أولاً في أن

إيجاب البائع الأول قائماً بعد أن سقط).

وجاء في «**الفتاوى الهندية**» (٣/ ٧ ـ ٨): «وفي «**المجتبي**» إذا مضيا على العقد بعد اختلاف كلمتيهما ينظر إلى آخرهما كلاماً فيحكم بذلك، كذا في «**البحر الرائق**». ولو قال: بعت منك هذا العبد بألف درهم، فقبل المشتري، ثم قال: بعت منك هذا العبد بمائة دينار، في ذلك المجلس أو غيره، وقال المشتري: اشتريت، ينعقد البيع الثاني وينفسخ البيع الأول، كذا في «**فتاوى قاضيخان**»، وكذا لو باعه بجنس الثمن الأول بأقل أو أكثر، نحو أن يبيعه منه بعشرة ثم باعه بتسعة أو بأحد عشر. فإن باعه بعشرة، لا ينعقد الثاني، والأول يبقى بحاله لخلو الثاني عن الفائدة، كذا في «**الظهيرية**». . . وإذا قال: بعت من فلان الغائب، فحضر في المجلس فلان وقال: اشتريت، يصح، كذا في «**المحيط**». ولو قال البائع: بعت، وقال المشتري: اشتريت، وخرج الكلامان معاً ينعقد البيع، هكذا كان يقول والدي رحمه الله تعالى، كذا في «**الظهيرية**». . . ذكر محمد في كتاب الوكالة مسألة تدل على أن من قال لغيره: بعت منك هذا العبد بكذا، فقال المشتري: قبلت، أن البيع لا ينعقد بينهما ما لم يقل البائع بعد ذلك أجزت. وبه قال بعض المشايخ، وهذا لأن البائع حين قال: بعت منك فقد ملك العبد من المشتري، فإذا قال المشتري: اشتريت فقد تملك العبد وملكه الثمن، فلا بد من إجازة البائع بعد ذلك ليتملك الثمن، وعامة المشايخ على أنه لا يحتاج إلى إجازة البائع بعد ذلك، وهو الصحيح، وهكذا روي عن محمد، كذا في «**الذخيرة**». والقول بأن البيع لا ينعقد بينهما ما لم يقل البائع بعد ذلك أجزت ينطوي على إغراق في التمسك بوحدة الصفقة. فالعقد لا ينعقد إلا على التزام واحد في جانب أحد المتعاقدين. فإذا كان هناك التزامان متقابلان، في جانب المتعاقدين كليهما ـ وهذا هو العقد الملزم للجانبين ـ وجب إيجاب وقبول للالتزام الأول، ثم إيجاب وقبول آخران للالتزام الثاني. وقد كان من الخير أن هذا النظر المتطرف في وجوب وحدة الصفقة لم يسد في الفقه الإسلامي.

يتراخى في القبول إلى نهاية المجلس، ثم إذا هو قبل يجعل له بعد ذلك خيار المجلس!

المذاهب الأخرى: جاء في «**النيل**» (٢/ ١١):

«ومن باع لواحد فقام بلا قبول، فهل له قبول أو لا يجوز بعد المجلس؟ قولان فعلى الأول: نتاجه وغلته هل توقف لقبوله فلا تصرف فيها للبائع ما لم ينكر، أو له والجناية عليه؟... قولان، والمختار الأول، ويوقف بيع إن وقع لغائب أو طفل أو مجنون لقدوم أو بلوغ أو إفاقة. وقيل: يبطل وفي قبول أب أو خليفة عليهم قولان».

والظاهر أن مذهب الأباضية في أحد قوليه يستبقي الإيجاب قائماً ملزماً حتى بعد القيام من المجلس، بل حتى يقدم الغائب ويبلغ القاصر ويفيق المجنون أو حتى يقبل عن هؤلاء قابل.

وجاء في «**المنتزع المختار**» (٣/ ٤ وما بعدها):

«والشرط السابع ألا يكون الإيجاب والقبول قد تخللهما في المجلس إضراب أو رجوع، فلو قال: بعت منك هذا الشيء بكذا، فأضرب عنه المشتري إما بمكالمة غيره أو قام لبعض حاجاته أو نحو ذلك مما يدل على الإعراض، ثم قبل بعد ذلك، لم يصح القبول». ونرى من ذلك أن مذهب الزيدية يقول: هو أيضاً بمجلس العقد.

تبدل مجلس العقد ـ الإغراق في المادية:

وبالرغم مما تنطوي عليه نظرية مجلس العقد من دقة في الصياغة، إلا أن نصوص المذهب الحنفي، عند الكلام في تبدل المجلس، أغرقت في تصوير مجلس العقد تصويراً مادياً لا سبيل إلى مجاراتها فيه. ونبدأ بإيراد هذه النصوص.

جاء في «**البدائع**» (٥/ ١٣٦): «وعلى هذا إذا تبايعا وهما يمشيان أو يسيران على دابتين أو دابة واحدة في محمل واحد، فإن خرج الإيجاب والقبول منهما متصلين انعقد. وإن كان بينهما فصل وسكوت وإن قل لا ينعقد. لأن المجلس تبدل بالمشي والسير وإن قل ـ ألا ترى أنه لو قرأ آية سجدة ـ وهو يمشي على الأرض أو يسير على دابة لا يصلي عليها ـ مراراً يلزمه لكل قراءة سجدة، وكذا لو خير امرأته وهي تمشي على الأرض أو تسير على دابة لا يصلي عليها فمشت أو سارت يبطل خيارها لتبدل المجلس. وإن اختارت نفسها متصلاً بتخيير الزوج صح اختيارها لأن المجلس لم يتبدل، فكذا ههنا. ولو تبايعا وهما واقفان، انعقد لاتحاد المجلس. ولو أوجب أحدهما وهما واقفان، فسار الآخر قبل القبول، أو سارا جميعاً، ثم قبل: لا ينعقد، لأنه لما سار أو سارا فقد تبدل المجلس قبل القبول فلم يجتمع الشطران في مجلس واحد. ولو وقفا فخير امرأته، ثم سار الزوج وهي واقفة، فالخيار في يدها. ولو سارت هي والزوج واقف، بطل خيارها. فالعبرة لمجلسها لا لمجلس الزوج، وفي باب البيع يعتبر مجلسهما جميعاً، لأن التخيير من قبل الزوج لازم، ألا ترى أنه لا يملك الرجوع عنه فلا يبطل بالإعراض، وأحد الشطرين في باب البيع لا يلزم قبل قبول الآخر فاحتمل البطلان بالإعراض. ولو تبايعا وهما في سفينة ينعقد، سواء كانت واقفة أو جارية، خرج الشطران متصلين أو منفصلين، بخلاف المشي على الأرض والسير على الدابة، لأن جريان السفينة بجريان الماء لا بإجرائه، ألا ترى أن راكب السفينة لا يملك

وقفها فلم يكن جريانها مضافاً إليه فلم يختلف المجلس فأشبه البيت، بخلاف المشي والسير، أما المشي فظاهر لأنه فعله، وكذا سير الدابة مضاف إليه ألا ترى أنه لو سيرها سارت ولو وقفها وقفت فاختلف المجلس بسيرها، ولهذا لو كرر آية السجدة في السفينة وهي جارية لا يلزمه إلا سجدة واحدة كما لو كررها في بيت واحد، وكذا لو خير زوجته في السفينة وهي جارية فهي على خيارها ما لم يوجد دليل الإعراض».

وجاء في **«الهداية»** **«فتح القدير»** (٥/٧٨ ـ ٨٢): «وعلى اشتراط اتحاد المجلس ما إذا تبايعا وهما يمشيان أو يسيران ولو كانا على دابة واحدة، فأجاب الآخر، لا يصح لاختلاف المجلس في ظاهر الرواية. واختار غير واحد كالطحاوي وغيره أنه إذا أجاب على فور كلامه متصلاً جاز. وفي **«الخلاصة»** عن النوازل إذا أجاب بعدما مشى خطوة أو خطوتين جاز، ولا شك أنهما إذا كانا يمشيان مشياً متصلاً لا يقع الإيجاب إلا في مكان آخر بلا شبهة. ولو كان المخاطب في صلاة فريضة، ففرغ منها، وأجاب صح. وكذا لو كان في نافلة، فضم إلى ركعة الإيجاب ركعة أخرى، ثم قبل، جاز، بخلاف ما لو أكملها أربعاً. ولو كان في يده كوز فشرب ثم أجاب، جاز. وكذا لو أكل لقمة، لا يتبدل المجلس إلا إذا اشتغل بالأكل ولو ناما جالسين لا يختلف. ولو مضطجعين، أو أحدهما، فهي فرقة والسفينة كالبيت، فلو عقدا وهي تجري، فأجاب الآخر، لا ينقطع المجلس بجريانها، لأنهما لا يملكان إيقافها. وقيل: يجوز في الماشيين أيضاً ما لم يتفرقا بذاتيهما، أما المسير بلا افتراق فلا، وهكذا في خيار المخيرة بخلاف سجدة التلاوة. ولو قال: بعتك بألف، ثم قال لآخر: بعتك بألف، فقبلا، فهي للثاني لا للأول. ولو قال: بعتكه بكذا، فلم يقبل حتى قام البائع في حاجة، بطل».

وجاء في **«الفتاوى الخانية»** (٢/١٢٧): «ولو تبايعا وهما يمشيان، قال بعضهم: لا ينعقد البيع لتفرق المجلس بالخطوات قبل القبول، كما لو قال: بعت فقام المشتري ثم قبل. وقال بعضهم: ينعقد إذا أجاب المخاطب موصولاً بالخاطب، فإنه ذكر في الطلاق إذا قال لها: اختاري وهما يمشيان، فقال: اخترت موصولاً بالخطاب، يقع الطلاق».

ويبدو من قراءة هذه النصوص أن الفقه الحنفي أغرق إغراقاً شديداً في تصوير مجلس العقد وحدة مكانية مادية. فالمجلس يتبدل بالمشي، لأن الإيجاب وقع في مكان ثم وقع القبول في مكان آخر بانتقال المتعاقدين خطوة من المكان الأول وهما يمشيان، وهذه هي الخطوة التي تخللت الإيجاب والقبول. وكذا الحال في السير على الدابة، وفي الوقوف ثم المشي أو السير. وتختلف السفينة عن الدابة في أن المجلس لا يتبدل بجريان السفينة، لأن جريان السفينة بجريان الماء لا بإجرائه وهما لا يملكان وقف السفينة ويملكان وقف الدابة، ويتبدل المجلس أيضاً بالمضي في الصلاة، أو في الشرب، أو في الأكل، أو في نوم المتعاقدين مضطجعين لا جالسين!!! والظاهر أن الدافع إلى الإغراق في هذا التصوير المادي لمجلس العقد هو الرغبة في تحديده تحديداً مكانياً ماديًا منضبطاً، حتى ينضبط التعامل بذلك.

ومع هذا لم يستطع الفقه الحنفي أن يثبت على هذه المكانية المادية في موضعين.

الموضع الأول: في المشي والسير إذا أجاب المخاطب موصولاً بالخطاب، حتى لو مشى خطوة أو خطوتين فتبدل المكان ماديًا بل ذهب بعض الفقهاء إلى حد تشبيه المشي بجريان السفينة، فكما لا ينقطع المجلس بجريان السفينة كذلك لا ينقطع بالمشي ما لم يتفرق الماشيان بذاتيهما.

والموضع الثاني: في تبدل المجلس بالإعراض، فإذا وجد من كلا المتعاقدين أو أحدهما ما يدل على الإعراض من الاشتغال بعمل آخر أو نحوه، انقطع مجلس العقد، حتى لو بقي المتعاقدان في مكانهما الأول ولم يبرحاه وفي كلا الموضعين لم يلتزم الفقه الحنفي الوحدة المادية للمكان، ففي الموضع الأول تبدلت هذه الوحدة المادية ومع ذلك لم ينقطع المجلس، وفي الموضع الثاني لم تتبدل الوحدة المادية ومع ذلك انقطع.

أما كان الأولى نبذ هذه الوحدة المكانية والاستعاضة عنها بالوحدة الزمنية. فنقول إن مجلس العقد لا ينقطع طوال الزمن الذي يظل فيه المتعاقدان مشتغلين بالتعاقد، بقيا في مكانهما أو برحاه. فإذا اشتغل كلاهما أو أحدهما بشيء آخر وأعرض عن التعاقد، فهنا ينقطع مجلس العقد، فينفض المجلس إذن بالإعراض ولو لم يبرحا مكانهما، ولا ينفض بغير الإعراض ولو برحا هذا المكان.

وما بنا بعد ذلك من حاجة إلى التمييز بين المشي والسير، والوقوف ثم المشي والسير، وبين سير الدابة وجريان السفينة، وبين نوم المتعاقد جالساً ونومه مضطجعاً! ثم لا نحار بعد في أنماط من طرق المواصلات استحدثتها الحضارة، كالسير بقطار السكة الحديدية[١]، والسفر بالسفن البخارية[٢]، وقطع المسافات الشاسعة بركوب السيارات[٣]، بل اختراق طبقات الجو بامتطاء الطائرات[٤]!!!

(ب) النتائج التي تترتب على نظرية مجلس العقد

نتائج ثلاث:

يترتب على نظرية مجلس العقد نتائج ثلاث هامة:

الأولى: أن يكون للمخاطب بالإيجاب خيار القبول إلى أن ينفض مجلس العقد فالقبول غير محتم. ومجلس العقد إنما صيغت نظريته لتحديد الميعاد الذي يتم فيه قبول الإيجاب أو رفضه كما قدمنا. فما دام مجلس العقد قائماً لم ينفض، كان للمتعاقد الذي وجه إليه الإيجاب أن يقبله أو يرده.

---

(١) وقد شبهه الأستاذ سليم باز، في شرحه «للمجلة»، بجريان السفينة دون السير على الدابة، لأن المتعاقدين لا يملكان وقف القطار.

(٢) وهل لا تختلف السفينة البخارية عن السفينة الشراعية في أن الأولى يمكن وقفها ولا يمكن وقف الثانية!.

(٣) وإذا كان المشي يبدل المكان خطوات قليلة يمكن التسامح فيها، ألا تبدل السيارة المكان مسافة طويلة يقصر دونها التسامح!.

(٤) وما القول في الطيران وهو يطوي طبقات الجو، وهل هو كالمشي على ظهر الأرض خطوة أو خطوتين!!!.

الثانية: أن يكون للموجب خيار الرجوع عن إيجابه إلى أن يصدر القبول أو ينفض المجلس، فمجلس العقد إذن يحدد من جهة متى يجوز للموجب أن يرجع في إيجابه، ويحدد من جهة أخرى متى يجوز للمتعاقد الآخر أن يقبل. ومن ثم نرى أنه إذا كان القبول غير محتم كما قدمنا، فإن الإيجاب أيضاً غير ملزم، إلا في بعض المذاهب وسنبسط ذلك في موضعه.

وقد جاء في «**البدائع**» (٥/ ١٣٤) عن كل من خيار القبول وخيار الرجوع ما يأتي: «وأما صفة الإيجاب والقبول فهو أن أحدهما لا يكون لازماً قبل وجود الآخر. فأحد الشطرين بعد وجوده لا يلزم قبل وجود الشطر الآخر، حتى إذا وجد أحد الشطرين من أحد المتبايعين فللآخر خيار القبول. وله خيار الرجوع قبل قبول الآخر، لما روي عن أبي هريرة عن النبي عليه الصلاة والسلام أنه قال: «البيعان بالخيار ما لم يفترقا عن بيعهما»، والخيار الثابت لهما قبل التفرق عن بيعهما هو خيار الرجوع، ولأن أحد الشطرين لو لزم قبل وجود الآخر لكان صاحبه مجبوراً على ذلك الشطر، وهذا لا يجوز».

الثالث: أن يكون لكل من المتعاقدين خيار المجلس في مذهب الشافعي وفي مذهب أحمد. وقد رأينا فيما تقدم أن الشافعي يوجب الفور في القبول لأن الضرورة تندفع به. ولما كان الفور يضيع على القابل فرصة التدبر والتأمل، فقد عوض عن ذلك بخيار المجلس، فله أن يرجع عن قبوله الفوري ما دام المجلس قائماً لم ينفض، فتتاح له بذلك فرصة للتدبر. ونرى من ذلك أن القبول كالإيجاب، غير ملزم في مذهبي الشافعي وأحمد، وأن مجلس العقد كما يحدد متى يجوز للموجب أن يرجع في الإيجاب، وكما يحدد متى يجوز لمن وجه إليه الإيجاب أن يقبل، يحدد كذلك متى يجوز لكل من القابل والموجب أن يرجع في العقد. فمجلس العقد إذن هو الوقت الذي يجوز فيه استعمال خيار القبول وخيار الرجوع وخيار المجلس، ومن ثم كانت هذه الخيارات الثلاثة هي النتائج الرئيسية لمجلس العقد. ونستعرضها الآن في شيء من التفصيل.

خيار القبول:

جاء في «**الهداية**» «**فتح القدير**» (٥/ ٧٨ ـ ٨٢): «قال: وإذا أوجب أحد المتعاقدين البيع فالآخر بالخيار، وإن شاء قبل في المجلس وإن شاء رد. وهذا خيار القبول، لأنه لو لم يثبت له الخيار يلزمه حكم البيع من غير رضاه». وجاء في «**الفتاوى الهندية**» (٣/ ٧): «وإذا أوجب أحد المتعاقدين البيع، فالآخر بالخيار إن شاء قبل في المجلس وإن شاء رده. وهذا يسمى خيار القبول. وهو غير موروث، كذا في «**الجوهرة النيرة**». وخيار القبول يمتد إلى آخر المجلس، كذا في «**الكافي**». ويشترط لصحة القبول حياة الموجب، فلو مات قبله بطل الإيجاب؛ وكذا في «**النهر الرائق**». وجاء في «**ابن عابدين**» (٤/ ٢٩): «قال في «**البحر**» والحاصل أن الإيجاب يبطل بما يدل على الإعراض، وبرجوع أحدهما عنه، وبموت أحدهما، ولذا قلنا: إن خيار القبول لا يورث». وجاء في «**الحطاب**» (٤/ ٢٤٠): «لو قال: أبيعك سلعتي بعشرة إن شئت، فلم يقل: أخذتها حتى انفض المجلس، لم يكن له شيء اتفاقاً».

ونستخلص من هذه النصوص القواعد الآتية:

أولاً: لا إلزام في القبول، فمن وجه إليه إيجاب كان حرًا في القبول أو الرفض. وهذه قاعدة بديهية، «لأنه ـ كما تقول **«الهداية»** ـ لو لم يثبت له الخيار يلزمه حكم البيع من غير رضاه». وكما أن التزام الموجب بالعقد إنما يقوم على رضاه بصدور الإيجاب منه، كذلك التزام القابل بالعقد يقوم على رضاه بصدور القبول منه. والعقد، حتى يلزم المتعاقدين، يجب أن يقوم على تراضيهما. بأن يتبادلا إرادتين متطابقتين.

ثانياً: خيار القبول يمتد إلى آخر المجلس كما جاء في **«الفتاوى الهندية»**. فما دام المجلس قائماً، وما دام الموجب لم يرجع عن إيجابه، كان لمن وجه إليه الإيجاب أن يقبل فيتم العقد.

ثالثاً: يمتنع القبول، حتى قبل انفضاض المجلس، بموت أحد المتعاقدين. وأما إذا مات الموجب، فلأن إيجابه يسقط بموته، كما جاء في **«الفتاوى الهندية»**. وأما إذا مات من وجه إليه الإيجاب، فلأن خيار القبول لا يورث، كما جاء في **«الفتاوى الهندية»** و**«ابن عابدين»**. وسقوط الإيجاب بموت من وجه إليه، أي عدم انتقال خيار القبول إلى الورثة، حكم شامل معمول به في القانون المدني المصري وفي القانون المدني العراقي. أما سقوط الإيجاب بموت الموجب فمعمول به في القانون المدني العراقي دون القانون المدني المصري، فقد نصت المادة ٩٢ من القانون المدني المصري على أنه: «إذا مات من صدر منه التعبير عن الإرادة أو فقد أهليته قبل أن ينتج التعبير أثره، فإن ذلك لا يمنع من ترتب هذا الأثر عند اتصال التعبير بعلم من وجه إليه، هذا ما لم يتبين العكس من التعبير أو من طبيعة التعامل».

ويبقى أن نتساءل هل حكم فقد الأهلية هو حكم الموت؟ الظاهر هو هذا. على أن الأباضية يذهبون إلى أن الموت وفقد الأهلية لا يمنعان القبول، فإذا فقد المشتري أهليته قبل قبول البيع أو مات قام خليفته مقامه في القبول. وقد جاء في **«النيل»** (٢/ ١١) في هذا المعنى ما يأتي: «وإن تجنن مشتر قبل قبول، علق البيع، وخليفته بمقامه إن كانت، وإلا أجبر أولياؤه باستخلاف عليه إن طلب البائع في الأظهر. وإن مات فوارثه بمقامه. وجاز قبوله إن ارتد أيام استتابته وبعدها، إما مسلم أو مقتول، إن لم يكن المبيع رقيقاً أو مصحفاً أو آلة ضرب». وكذلك إذا مات البائع أو فقد أهليته قبل قبول المشتري، لم يسقط الإيجاب وكان للمشتري أن يقبل البيع بالرغم من ذلك. وقد جاء في **«النيل»** أيضاً (٢/ ١١) في هذا المعنى ما يأتي: «ومن باع فمات أو جن أو ارتد، فبدا له، علق للمشتري، وخير». أما في مذهب مالك فالإيجاب ملزم لا يجوز للموجب الرجوع عنه كما سنرى، فهل يسقط هذا الإيجاب الملزم بموت الموجب أو بفقده لأهليته؟

خيار الرجوع:

جاء في **«الهداية»** **«فتح القدير»** (٥/ ٧٨ ـ ٨٢): «وإذ لم يفد (الإيجاب) الحكم بدون قبول الآخر، فللموجب أن يرجع عنه قبل قبوله لخلوه من إبطال حق الغير». وجاء في **«فتح القدير»** (٥/ ٧٨ ـ ٨٢) تعليقاً على ما تقدم: «وللموجب، أيهما كان بائعاً ومشترياً، أن يرجع قبل قبول الآخر عن الإيجاب، لأنه لم يثبت له حق يبطله الآخر بلا معارض أقوى، لأن الثابت له بعد الإيجاب حق التملك، والموجب هو الذي أثبت له الولاية فله أن يرفعها كعزل الوكيل، ولو سلم

فلا يعارض حق التملك حقيقة الملك، فلو لم يجز الرجوع لزم تعطيل حق الملك بحق التملك ودلالة الإجماع تنفيه، ألا ترى أن للأب حق التملك لمال ولده عند الحاجة، وقبل تملكه بالفعل كان للولد أن يتصرف فيه كيف شاء. ولو صادف رد البائع قبول المشتري بطل. وأورد في «**الكافي**» الزكاة المعجلة ليس له حق استردادها لثبوت حق التملك للفقير، وحاصل جوابه أن الأصل الموجب للدفع قائم وهو النصاب، وإنما الفائت وصفه وهو النماء، فبعد أخذ السبب حكمه تم الأمر، وفيما نحن فيه لم يوجد الأصل بل شطره فلا يكون البيع موجوداً».

وجاء في «**الفتاوى الخانية**» (٢/ ١٣٠ ـ ١٣١): «ولو قال البائع بعد الإيجاب رجعت، فقال المشتري معاً: قبلت، كان الرجوع أولى». جاء في «**الفتاوى الهندية**» (٣/ ٨): «لو قال: بعت، وقال المشتري: اشتريت، وقارنه الآخر برجعت، إن كانا معاً لا يتم البيع، وإن عاقبه البائع برجعت تم، كذا في «**الوجيز**» للكردري».

وجاء في «**المنتزع المختار**» (٣/ ٤ وما بعدها): «وهكذا لو قال بعت منك، ثم قال: رجعت عن ذلك قبل أن يقول المشتري: قبلت، لم يصح البيع أيضاً».

هذا ومذهب مالك على غير ذلك، فقد جاء في «**الحطاب**» (٤/ ٢٤٠): «إن من أوجب البيع من المتساومين لصاحبه لا يلزمه، وله الرجوع عنه في المجلس ما لم يجبه صاحبه بالقبول فيه، وهذا ظاهر، إلا أنه ليس على مذهب مالك. وإنما هو قول محمد بن الحسن. والذي يأتي على المذهب أن من أوجب البيع لصاحبه من المتبايعين لزمه إن أجابه صاحبه في المجلس بالقبول ولم يكن له أن يرجع قبل ذلك. . . لو رجع أحد المتبايعين عما أوجبه لصاحبه قبل أن يجيبه الآخر، لم يفده رجوعه إذا أجابه صاحبه بعد القبول».

ويستخلص من هذه النصوص ما يأتي:

أولاً: مذهب مالك صريح في أن الإيجاب بعد صدوره ملزم لصاحبه، فلا يجوز له الرجوع عنه. ولو رجع عنه قبل صدور القبول، ثم صدر القبول بعد الرجوع، فإن العقد يتم بالرغم من الرجوع عن الإيجاب. ويظهر أن السبب في ذلك أن الإرادة المنفردة عند مالك تلزم صاحبها، وقد تقدم القول في هذا عند الكلام في الإرادة المنفردة في الإلتزام وفي الوعد. والإيجاب إرادة منفردة تلزم الموجب بالبقاء على إيجابه حتى يقبل أو يرفض. فلا يجوز الرجوع عن الإيجاب، وإنما يجوز سقوطه برفضه أو بانفضاض مجلس العقد دون أن يصدر القبول.

ثانياً: أما في المذاهب الأخرى فالإيجاب غير ملزم. وقد رأينا أن الإيجاب يسقط بانفضاض المجلس دون أن يصدر القبول، ويسقط بموت أحد المتعاقدين أو فقده لأهليته قبل صدور القبول. كذلك يسقط الإيجاب برجوع الموجب عنه قبل صدور القبول ولو قبل انفضاض المجلس. أما إذا صدر القبول في مجلس العقد، فقد امتنع على الموجب أن يرجع عن إيجابه. على أنه إذا صدر القبول وفي الوقت ذاته رجع الموجب عن إيجابه، أي تعاصر صدور القبول ورجوع الموجب فإن الرجوع يصح، ولا يتم العقد، كما جاء في «**الفتاوى الخانية**» وفي «**الفتاوى الهندية**». وقد أخذ

القانون المدني العراقي بجواز الرجوع في الإيجاب قبل صدور القبول، ولم يأخذ بمذهب مالك في لزوم الإيجاب إلا إذا كان الموجب قد حدد ميعاداً للقبول. فنصت المادة ٨٢ من هذا القانون على ما يأتي: «المتعاقدان بالخيار بعد الإيجاب إلى آخر المجلس، فلو رجع الموجب بعد الإيجاب وقبل القبول، أو صدر من أحد المتعاقدين قول أو فعل يدل على الإعراض يبطل الإيجاب، ولا عبرة بالقبول الواقع بعد ذلك». ونصت المادة ٨٤ على أنه «إذا حدد الموجب ميعاداً للقبول التزم بإيجابه إلى أن ينقضي هذا الميعاد». وهذا أيضاً ما فعله القانون المدني المصري. فنصت المادة ٩٤ من هذا القانون على ما يأتي:

١ ـ إذا صدر الإيجاب في مجلس العقد، دون أن يعين ميعاد للقبول، فإن الموجب يتحلل من إيجابه إذا لم يصدر القبول فوراً، وكذلك الحال إذا صدر الإيجاب من شخص إلى آخر بطريق التليفون أو بأي طريق مماثل.

٢ ـ ومع ذلك يتم العقد، ولو لم يصدر القبول فوراً، إذا لم يوجد ما يدل على أن الموجب قد عدل عن إيجابه في الفترة ما بين الإيجاب والقبول. وكان القبول قد صدر قبل أن ينفض مجلس العقد. ونصت المادة ٩٣ على أنه: «١ ـ إذا عين ميعاد للقبول التزم الموجب بالبقاء على إيجابه إلى أن ينقضي هذا الميعاد. ٢ ـ وقد يستخلص الميعاد من ظروف الحال أو من طبيعة المعاملة».

ثالثاً: وتعليل حق الموجب في الرجوع عن إيجابه أنه حال من إبطال حق الغير، كما جاء في **«الهداية»** و**«فتح القدير»**. ذلك أن الموجب لم يثبت لمن خاطبه بالإيجاب إلا حق التملك، وهو إذا كان أقوى من الرخصة فهو أضعف من حق الملك. وقد سبق تفصيل القول في ذلك. فلو لم يجز للموجب الرجوع، وهو صاحب حق الملك، رعاية للمتعاقد الآخر وهو صاحب حق التملك، للزم تعطيل حق الملك بحق التملك، أي تعطيل الأقوى بالأضعف وهذا لا يجوز. والقاعدة أن حق التملك لا يعطل حق الملك، فحق التملك الثابت للأب في مال ولده عند الحاجة، لا يعطل من حق الولد في أن يتصرف في ماله كيف شاء. أما تعجيل الزكاة فيثبت لمن عجلت له حق الملك لا حق التملك، ولذلك لا يجوز استردادها، ذلك أن الأصل الموجب للدفع في الزكاة هو النصاب وهو قائم، ولم يفت إلا الوصف وهو النماء، فإذا أخذ السبب حكمه لم يجز الرجوع، أما في البيع فسبب حق الملك هو عقد البيع الكامل؛ ولم يتحقق لأن الإيجاب ليس إلا شطراً من البيع، فجاز الرجوع في الإيجاب ولم يجز الرجوع في تعجيل الزكاة. ويضيف صاحب **«فتح القدير»** تعليلاً آخر إلى ما تقدم، هو أن الإيجاب قد أثبت المخاطب به ولاية الأخذ، والموجب هو الذي أثبت له هذه الولاية، فله أن يرفعها، كعزل الوكيل.

خيار المجلس:

اختلاف المذاهب في خيار المجلس:

أشرنا فيما قدمناه إلى خيار المجلس وأنه خيار يعطى للمتعاقدين حق الرجوع عن العقد إلى حين انفضاض المجلس. والآن نعرض لهذا الخيار في شيء من التفصيل. فقد انقسمت فيه المذاهب انقساماً شديداً، وكثر بينها الجدل في شأنه.

فالحنفية والمالكية ينكرون خيار المجلس. وعندهم أن العقد متى تم في مجلسه بصدور القبول امتنع على أي من المتعاقدين بعد ذلك أن يرجع، لأن صفة العقد الإلزام، ولا إلزام إذا أجزنا لأي منهما الرجوع.

ويبدو أن الحنفية والمالكية في إنكارهم لخيار المجلس إنما يجعلون مجلس العقد ينفض ضرورة بصدور القبول. إذ يستوي من الناحية العملية، إلا أن يكون لأحد من المتعاقدين حق الرجوع بعد صدور القبول، وأن يكون المجلس قد انفض بصدور القبول.

والشافعية والحنابلة يقولون بخيار المجلس. وعندهم أن أيًّا من المتعاقدين يكون له خيار الرجوع ما دام مجلس العقد قائماً لا ينفض، فإذا انفض المجلس بطل الخيار، فكأن المجلس، على هذا القول، يمتد إلى ما وراء القبول، ويبقى ما بقي العاقدان في المجلس، ويثبت الخيار لكل من المتعاقدين في الفترة ما بين صدور القبول وانصراف المتعاقدين أو أحدهما عن مجلس العقد، أي قبل تفرق المتعاقدين بالبدن. ولعل الأصح في تصوير مذهب من يقول بخيار المجلس يكون هناك مجلسان: مجلس العقد وينفض بالقبول أو بالإعراض من المتعاقد، ومجلس الخيار ويعقب مجلس العقد فوراً ولا ينفض إلا بتفرق المتعاقدين بالبدن.

ويستدل أصحاب الرأي الثاني - الشافعية والحنابلة - إلى حديث مشهور يروونه على صور مختلفة.

ويحتج أصحاب الرأي الأول - الحنفية والمالكية - بالكتاب والقياس ويتأولون الحديث. وننقل في هذا الصدد ما جاء في **«بداية المجتهد»** لابن رشد، فهو يوجز حجج الفريقين، تمهيداً لما سننقل بعد ذلك في توسع من النصوص التي تناقش كلا من الرأيين. قال ابن رشد في **«بداية المجتهد»** (٢/ ١٣٩ - ١٤١): «ولا خلاف، فيما أحسب، أن الإيجاب والقبول المؤثرين في اللزوم ولا يتراخى أحدهما عن الثاني حتى يفترق المجلس. أعني أنه متى قال البائع: قد بعت سلعتي بكذا وكذا، فسكت المشتري ولم يقبل البيع حتى افترقا، ثم أتى بعد ذلك فقال: قد قبلت، أنه لا يلزم ذلك البائع. واختلفوا متى يكون اللزوم. فقال مالك وأبو حنيفة وأصحابهما وطائفة من أهل المدينة إن البيع يلزم في المجلس بالقول وإن لم يفترقا. وقال الشافعي وأحمد وإسحاق وأبو ثور وداود وابن عمر من الصحابة رضي الله عنهم البيع لازم بالافتراق من المجلس وأنهما مهما لم يفترقا فليس يلزم البيع ولا ينعقد. وهو قول ابن أبي ذئب في طائفة من أهل المدينة وابن المبارك وسوار القاضي وشريح القاضي وجماعة من التابعين وغيرهم. وهو مروي عن ابن عمر وأبي برزة الإسلامي من الصحابة ولا مخالف لهما من الصحابة. وعمدة المشترطين لخيار المجلس حديث مالك عن نافع عن ابن عمر أن رسول الله ﷺ قال: «المتبايعان كل واحد منهما بالخيار على صاحبه ما لم يفترقا، إلا بيع الخيار»، وفي بعض روايات هذا الحديث: «إلا أن يقول أحدهما لصاحبه اختر». وهذا حديث في إسناده عند الجميع من أوثق الأسانيد وأصحها، حتى لقد زعم أبو محمد أن مثل هذا الإسناد، يوقع العلم وإن كان من طريق الآحاد. وأما المخالفون فقد اضطرب بهم وجه الدليل لمذهبهم في رد العمل بهذا الحديث. فالذي اعتمد عليه مالك رحمه الله في رد

العمل به أنه لم يلف عمل أهل المدينة عليه، مع أنه قد عارضه عنده ما رواه من منقطع حديث ابن مسعود أنه قال: «أيما بيعين تبايعا فالقول قول البائع أو يترادان». فكأنه حمل هذا على عمومه وذلك يقتضي أن يكون في المجلس وبعد المجلس. ولو كان المجلس شرطاً في انعقاد البيع لم يكن يحتاج فيه إلى تعيين حكم الاختلاف في المجلس لأن البيع بعد لم ينعقد ولا لزوم إلا بعد الافتراق من المجلس. وهذا الحديث منقطع ولا يعارض به الأول، وبخاصة أنه لا يعارضه إلا مع توهم العموم فيه. الأولى أن يبنى هذا على ذلك. وهذا الحديث لم يخرجه أحد مسنداً فيما أحسب. فهذا هو الذي اعتمده مالك رحمه الله في ترك العمل بهذا الحديث. وأما أصحاب مالك فاعتمدوا في ذلك على ظواهر سمعية وعلى القياس. فمن أظهر الظواهر في ذلك قوله عز وجل ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ أَوْفُواْ بِٱلْعُقُودِۚ﴾ [المائدة: ١] ، والعقد هو الإيجاب والقبول، والأمر على الوجوب، وخيار المجلس يوجب ترك الوفاء بالعقد لأن له عندهم أن يرجع في البيع بعد ما أنعم ما لم يفترقا. وأما القياس فإنهم قالوا: عقد معاوضة فلم يكن لخيار المجلس فيه أثر، أصله كسائر العقود مثل النكاح والكتابة والخلع والرهون والصلح على دم العمد. فلما قيل لهم إن الظواهر التي يحتجون بها يخصصها الحديث المذكور، فلم يبق في مقابلة الحديث إلا القياس، فيلزمكم على هذا أن تكونوا ممن يرى تغليب القياس على الأثر، وذلك مذهب مهجور عند المالكية وإن كان قد روي عن مالك تغليب القياس على السماع مثل قول أبي حنيفة، فأجابوا عن ذلك بأن هذا ليس من باب رد الحديث بالقياس ولا تغليب، وإنما هو من باب تأويله وصرفه عن ظاهره. قالوا: وتأويل الظاهر بالقياس متفق عليه عند الأصوليين. قالوا: ولنا فيه تأويلان. أحدهما أن المتبايعين في الحديث المذكور هما المتساومان اللذان لم ينفذ بينهما البيع، فقيل لهم: إنه يكون الحديث على هذا لا فائدة فيه لأنه معلوم من دين الأمة أنهما بالخيار إذا لم يقع بينهما عقد بالقول. وأما تأويل الآخر فقالوا: إن التفرق ههنا هو كناية عن الافتراق بالقول لا التفرق بالأبدان كما قال تعالى: ﴿وَإِن يَتَفَرَّقَا يُغْنِ ٱللَّهُ كُلًّا مِّن سَعَتِهِۦۚ﴾ [النساء: ١٣٠] ، والاعتراض على هذا أن هذا مجاز لا حقيقة والحقيقة هي التفرق بالأبدان، ووجه الترجيح أن يقاس بين ظاهر هذا اللفظ والقياس فيغلب الأقوى، والحكمة في ذلك هي لموضع الندم».

ويستخلص من استعراض المذاهب المختلفة أن الشافعي يرى أن يكون القبول فوراً كما قدمنا، فهو يثبت لذلك خيار المجلس حتى يتمكن المتعاقدان من التدبر طيلة المجلس، فما فاتهما بالفورية يعوضانه بخيار المجلس. أما أبو حنيفة فيرى جواز تراخي القبول إلى نهاية المجلس، وبهذا يتسع الوقت للمتعاقدين في التدبر، وما فاتهما بانعدام خيار المجلس يعوضانه بتراخي القبول، إذ يجوز للموجب الرجوع في الإيجاب ما دام المجلس قائماً ولم يصدر قبول، ويجوز للمخاطب بالإيجاب أن يتدبر أمر القبول أو الرفض طيلة قيام المجلس، ولكن متى صدر القبول لزم العقد فلا يثبت خيار المجلس لأي من المتعاقدين. وأما مالك فيرى هو أيضاً جواز تراخي القبول إلى نهاية المجلس حتى يتدبر القابل، ولكن لا يجوز للموجب أن يرجع في إيجابه لأنه قبل أن يصدر منه الإيجاب يكون قد تدبر، ومتى صدر القبول لزم العقد من الجانبين ولا يثبت خيار المجلس. وأما أحمد فيجمع بين التراخي في القبول وخيار المجلس، فيعطي لكل من المتعاقدين

فرصتين للتدبر: الأولى قبل صدور القبول والثانية قبل انفضاض المجلس، وقد تقدمت الإشارة إلى ذلك.

فالمذاهب الأربعة، من حيث إعطاء كل من المتعاقدين فرصة للتدبر، تتدرج. فالمالكية لا يعطون للموجب فرصة للرجوع عن إيجابه ويعطون للمخاطب بالإيجاب فرصة التدبر للقبول أو الرفض إلى آخر المجلس. والحنفية يعطون لكل من الموجب والمخاطب بالإيجاب فرصة التدبر إلى آخر المجلس. والشافعية يعطون كلا من المتعاقدين فرصة التدبر، ولكن بعد انعقاد العقد إلى آخر المجلس. والحنابلة يعطون كلا من المتعاقدين فرصتين للتدبر، قبل انعقاد العقد للموجب خيار الرجوع وللمخاطب بالإيجاب خيار القبول، وبعد انعقاد العقد لكل منهما خيار المجلس.

أحكام خيار المجلس عند من يقول به:

وقد رأينا أن الشافعية والحنابلة يقولون بخيار المجلس، فنستعرض الآن النصوص التي يقررون فيها حكم هذا الخيار.

جاء في «**الوجيز**» (١/ ١٤٠ ـ ١٤١) «والأصل في البيع اللزوم، والخيار عارض. ثم ينقسم الخيار إلى خيار التروي وخيار النقيصة. وخيار التروي ما لا يتوقف على فوات وصف. وله سببان. أحدهما المجلس. فيثبت خيار المجلس في كل معاوضة محضة من بيع وسلم صرف وإجارة إلا فيما يستعقب عقاقة كشراء القريب وشراء العبد نفسه، ولا يثبت فيما لا يسمّى بيعاً، لأن مستنده قوله عليه السلام المتبايعان بالخيار ما لم يتفرقا. وينقطع الخيار بلفظ يدل على اللزوم وتمام الرضا وبمفارقة المجلس بالبدن. وهل يبطل بالموت؟ فيه قولان، أصحهما أنه لا يبطل كخيار الشرط فيثبت للوارث، ولو فرق بينهما على إكراه. ففي بطلان الخيار خلاف ويثبت عند جنون أحد المتعاقدين قبل التفرق للقيم. ولو تنازعا في جريان التفرق فالأصل عدمه ومن يدعيه يطالب بالبينة ولو تنازعا في الفسخ بعد الاتفاق على التفرق، فالأصل عدم الفسخ. والسبب الثاني الشرط (أي خيار الشرط) إلخ.

وجاء في «**المهذب**» (١/ ٢٥٧ ـ ٢٥٨): «وإذا انعقد البيع يثبت لكل واحد من المتبايعين الخيار بين الفسخ والإمضاء إلى أن يتفرقا أو يتخايرا، لما روى ابن عمر رضي الله عنه قال: قال رسول الله ﷺ: «البيعان بالخيار ما لم يتفرقا أو يقول أحدهما للآخر اختر». والتفرق أن يتفرقا بأنهما بحيث إذا كلمه على العادة لم يسمع كلامه؛ لما روى عن نافع أن ابن عمر رضي الله عنه كان إذا اشترى شيئاً مشى أذرعاً ليجب البيع ثم يرجع. ولأن التفرق في الشرع مطلق فوجب أن يحمل على التفرق المعهود. وذلك يحصل بما ذكرناه. وإن لم يتفرقا، ولكن جعل بينهما حاجز من ستر أو غيره لم يسقط الخيار؛ لأن ذلك لا يسمى تفرقاً. وأما التخاير فهو أن يقول أحدهما للآخر: اختر إمضاء البيع أو فسخه، فيقول الآخر: اخترت إمضاءه أو فسخه فينقطع الخيار لقول عليه السلام: «أو يقول أحدهما للآخر: اختر» فإن خير أحدهما صاحبه فسكت، لم ينقطع خيار المسؤول. وهل ينقطع خيار السائل؟ فيه وجهان: أحدهما لا ينقطع خياره كما لو قال لزوجته: اختاري فسكتت فإن خيار الزوج في طلاقها لا يسقط. والثاني: أن ينقطع، لقوله عليه السلام: «أو يقول أحدهما للآخر اختر»، فدل على أنه إذا قال: يسقط خياره، ويخالف تخيير المرأة فإن المرأة

لم تكن مالكة للخيار وإذا خيرها فقد ملكها ما لم تكن تملكه فإذا سكتت بقي على حقه، وههنا المشتري يهلك الفسخ فلا يفيد تخييره إسقاط حقه من الخيار. فإن أكرها على التفرق ففيه وجهان: أحدهما يبطل الخيار، لأنه كان يمكنه أن يفسخ بالتخاير فإذا لم يفعل فقد رضي بإسقاط الخيار. والثاني: أنه لا يبطل، لأنه لم يوجد منه أكثر من السكوت والسكوت لا يسقط الخيار. فإن باعه على ألا خيار له ففيه وجهان. من أصحابنا من قال: يصح، لأن الخيار جعل رفقاً بهما فجاز لهما تركه، ولأن الخيار غرر فجاز إسقاطه. وقال أبو إسحاق لا يصح، وهو الصحيح، لأنه خيار يثبت بعد تمام البيع فلم يجز إسقاطه قبل تمامه كخيار الشفيع، فإن قلنا بهذا فهل يبطل العقد بهذا الشرط؟ فيه وجهان. أحدهما لا يبطل، لأن هذا الشرط لا يؤدي إلى الجهل بالعوض والمعوض. والثاني: يبطل، لأنه يسقط موجب العقد فأبطله كما لو شرط ألاّ يسلم المبيع»[1].

---

(١) انظر أيضاً «الأشباه» للسيوطي (٢٥٦ ـ ٢٥٧) ونضيف إلى ما تقدم النصوص المقررة لحكم الخيار في مذهب أحمد وهي قريبة من نصوص الشافعية:

وجاء في «المغني» (٤/ ٦) وما بعدها: «الفصل الثاني أن البيع يلزم بتفرقهما لدلالة الحديث عليه، ولا خلاف في لزومه بعد التفرق. والمرجع في التفرق إلى عرف الناس وعادتهم فيما يعدونه تفرقاً. لأن الشارع علق عليه حكماً ولم يبينه، فدل ذلك على أنه أراد ما يعرفه الناس كالقبض والإحراز. فإن كانا في فضاء واسع كالمسجد الكبير والصحراء، فبأن يمشي أحدهما مستديراً لصاحبه خطوات، وقيل: هو أن يبعد عنه بحيث لا يسمع كلامه الذي يتكلم به في العادة. قال أبو الحارث سئل أحمد عن تفرق الأبدان، فقال: إذا أخذ هذا هكذا وهذا هكذا فقد تفرقا. روى مسلم عن نافع قال: فكان ابن عمر إذا بايع فأراد ألا يقيله مشى هنيهة ثم رجع. وإن كانا في دار كبيرة ذات مجالس ودسوت، فالمفارقة أن يفارقه من بيت إلى بيت أو إلى مجلس أو صفة أو من مجلس إلى بيت أو نحو ذلك. فإن كانا في دار صغيرة، فإذا صعد أحدهما السطح أو أخرج منها فقد فارقه، وإن كانا في سفينة صغيرة خرج أحدهما منها ومشي. وإن كانت كبيرة صعد أحدهما على أعلاها الآخر ونزل الآخر في أسفلها. وهذا كله مذهب الشافعي. فإن كان المشتري هو البائع، مثل أن يشتري لنفسه من مال ولده أو يشتري لولده من مال نفسه، لم يثبت فيه خيار المجلس لأنه تولى طرفي العقد فلم يثبت له خيار كالشفيع، ولا يحتمل أن يثبت فيه، ويعتبر مفارقة مجلس العقد للزومه لأن الافتراق لا يمكن ههنا لكون البائع هو المشتري، ومتى حصل التفرق لزم العقد: قصدا ذلك أو لم يقصداه، علماء أو جهلاء، لأن النبي ﷺ علق الخيار على التفرق وقد وجد. ولو هرب أحدهما من صاحبه لزم العقد، لأنه فارقه باختياره ولا يقف لزوم العقد على رضاهما، ولهذا كان ابن عمر يفارق صاحبه ليلزم البيع، ولو قاما في المجلس وسدلا بينهما ستراً، أو بنيا بينهما حاجزاً، أو قاما فمضيا جميعاً ولم يتفرقا، فالخيار بحاله وإن طالت المدة لعدم التفرق. وروى أبو داود والأثرم بإسنادهما عن الرضى قال: غزونا غزوة لنا فنزلنا منزلاً، فباع صاحب لنا فرساً بغلام ثم أقاما بقية يومهما وليلتهما، فلما أصبحا من الغد وحضر الرحيل قام إلى فرسه يسرجه فندم، فأتى الرجل وأخذه بالبيع، فأبى الرجل أن يدفعه إليه، فقال: بيني وبينك أبو برزة صاحب رسول الله ﷺ. فأتيا أبا برزة في ناحية العسكر فقالا له هذه القصة، فقال: أترضيان أن أقضي بينكما بقضاء رسول الله ﷺ، قال رسول الله ﷺ: «البيعان بالخيار ما لم يتفرقا، ما أراكما افترقتما» فإن فارق أحدهما الآخر مكرهاً احتمل بطلان الخيار لوجود غايته وهو التفريق، ولأنه لا يعتبر رضاه في مفارقة صاحبه له فكذلك في مفارقته لصاحبه. وقال القاضي: لا ينقطع الخيار لأنه حكم على التفرق فلم يثبت مع الإكراه كما لو علق عليه الطلاق. ولأصحاب الشافعي وجهان كهذين. فعلى قول من لا يرى انقطاع الخيار إن أكره أحدهما على فرقة

ويستخلص مما أوردناه من النصوص - في المتن وفي الحاشية - أن أحكام خيار المجلس عند من يقولون به وتتلخص فيما يأتي:

صاحبه انقطع خيار صاحبه كما لو هرب منه وفارقه بغير رضاه، ويكون الخيار للمكروه منهما في المجلس الذي يزول عنه فيه الإكراه حتى يفارقه، وإن أكرها جميعاً انقطع خيارهما لأن كل واحد منهما ينقطع خياره لفرقة الآخر له فأشبه ما لو أكره صاحبه دونه. وذكر ابن عقيل من صور الإكراه ما لو رأيا سبعاً أو ظالماً خشياه فهربا فزعاً منه أو حملهما سيل أو فرقت ريح بينهما. (فصل) وإن خرس أحدهما قامت إشارته مقام لفظه. فإن لم تفهم إشارته أو جن أو أغمي عليه قام وليه من الأب أو وصيه أو الحاكم مقامه. وهذا مذهب الشافعي وإن مات أحدهما بطل خياره، لأنه قد تعذر منه الخيار والخيار لا يورث. وأما الباقي منهما فيبطل خياره أيضاً لأنه يبطل بالتفرق والتفرق بالموت أعظم. ويحتمل ألا يبطل لأن التفرق بالأبدان لم يحصل، فإن حمل الميت بطل الخيار لأن الفرقة حصلت بالبدن والروح معاً. (فصل) وقد روى عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن النبي ﷺ قال: البائع والمبتاع بالخيار حتى يتفرقا إلا أن تكون صفقة خيار فلا يحل له أن يفارق صاحبه خشية أن يستقبله. رواه النسائي والأثرم والترمذي وقال: حديث حسن. وقوله: إلا أن تكون صفقة خيار يحتمل أنه أراد البيع المشروط فيه الخيار فإنه لا يلزم بتفرقهما غاية للخيار فيه لكونه ثابتاً بعد تفرقهما. ويحتمل أنه أراد البيع الذي شرطا فيه ألا يكون بينهما فيه خيار فيلزم ولا يكون تفرقهما بمجرد العقد من غير تفرقهما. وظاهر الحديث تحريم مفارقة أحد المتبايعين لصاحبه خشية من فسخ البيع. هذا ظاهر كلام أحمد في رواية الأثرم، فإنه ذكر له فعل ابن عمر وحديث عمرو بن شعيب، فقال: هذا الآن قول النبي ﷺ وهذا اختيار أبي بكر. وذكر القاضي: أن ظاهر كلام أحمد جواز ذلك، لأن ابن عمر كان إذا اشترى شيئاً يعجبه فارق صاحبه، متفق عليه. والأول أصح، لأن قول النبي ﷺ يقدم على فعل ابن عمر، والظاهر أن ابن عمر لم يبلغه هذا ولو علمه لما خالفه - (الفصل الثالث): أن ظاهر كلام الخرتي أن الخيار يمتد إلى التفرق ولا يبطل بالتخاير قبل العقد ولا بعده، وهو إحدى الروايتين عن أحمد؛ لأن أكثر الروايات عن النبي ﷺ: «البيعان بالخيار ما لم يتفرقا» من غير تقييد ولا تخصيص، هكذا رواه حكيم بن حزام وأبو برزة وأكثر الروايات عن عبد الله بن عمر. والرواية الثانية أن الخيار يبطل بالتخاير اختارها الشريف بن أبي موسى؛ وهذا مذهب الشافعي: وهو أصح، لقول النبي ﷺ في حديث ابن عمر: «فإن خير أحدهما صاحبه فتبايعا على ذلك فقد وجب البيع». متفق عليه، والأخذ بالزيادة أولى. والتخاير في ابتداء العقد وبعده في المجلس واحد. فالتخاير في ابتدائه أن يقول: بعتك ولا خيار بيننا ويقبل الآخر على ذلك، فلا يكون لهما خيار، والتخاير بعده أن يقول كل واحد منهما بعد العقد: اخترت إمضاء العقد أو الزامه أو اخترت العقد أو اسقطت خياري، فيلزم العقد من الطرفين. وإن اختار أحدهما دون الآخر لزم في حقه وحده كما لو كان خيار الشرط لهما فأسقط أحدهما خياره دون الآخر. وقال أصحاب الشافعي: للتخاير في ابتداء العقد قولان، أظهرهما: لا ينقطع الخيار، لأنه إسقاط للحق قبل سببه فلم يجز كخيار الشفعة. فعل هذا هل يبطل العقد بهذا الشرط! على وجهين بناء على الشروط الفاسدة. ولنا قوله عليه السلام: «فإن خير أحدهما صاحبه فتبايعا على ذلك فقد وجب البيع»، وقوله: «إلا أن يكون البيع كان عن خيار فإن كان البيع عن خيار وجب البيع وهذا صريح في الحكم فلا يعول على ما خالفه. ولأن ما أثر في الخيار في المجلس أثر فيه متقارناً للعقد كاشتراط الخيار، ولأنه أحد الخيارين في البيع فجاز إخلاؤه عنه كخيار الشرط. وقولهم: إنه أسقاط للخيار قبل سببه ليس كذلك، فإن سبب الخيار البيع المطلق فأما البيع مع التخاير فليس بسبب له، ثم لو ثبت أنه سبب الخيار لكن المانع مقارن له فلم يثبت حكمه. وأما الشفيع فإنه أجنبي عن العقد فلم يصح اشتراط إسقاط خياره في العقد بخلاف مسألتنا. فإن قال أحدهما لصاحبه: اختر ولم يقل الآخر شيئاً، فالساكت منهما على خياره لأنه لم

لكل من المتعاقدين، بعد صدور القبول وتمام العقد، خيار المجلس أي خيار الرجوع في العقد بعد تمامه. ويستقل في ذلك بإرادته وحدها. وهذا هو الفرق بين خيار المجلس والتقايل إذ التقايل لا يكون إلا بتوافق الإرادتين. ومع ذلك ينقطع خيار المجلس، ويصبح العقد باتًا لا رجوع فيه بأحد الأمور الآتية: (١) انفضاض المجلس أو التفرق بالأبدان. (٢) التخاير. (٣) موت أحد المتعاقدين.

١ ـ وانفضاض المجلس أو التفرق بالأبدان يكون على ما جاء في **«المهذب»**، بأن يتفرق المتعاقدان بأبدانهما بحيث إذا كلم أحدهما الآخر على العادة لم يسمع كلامه، فينفض المجلس بذلك وينقطع الخيار. والمرجع في التفرق، على ما جاء في **«المغني»**، إلى عرف الناس وعادتهم فيما يعدونه تفرقاً، ويغلب أن يكون بأن يبعد الصاحب عن صاحبه بحيث لا يسمع كلامه الذي يتكلم به في العادة، وفي هذا يتفق **«المغني»** مع **«المهذب»**. ثم يطبق الفقهاء هذا المعيار على أوضاع مختلفة، فيتكلمون في التفرق في الفضاء الواسع كالمسجد الكبير والصحراء، وفي التفرق في الدار الكبيرة ذات المجالس والدسوت، وفي الدار الصغيرة، وفي السفينة الصغيرة والسفينة الكبيرة، ويغرقون في بعض هذه التطبيقات على ما رأينا في **«المغني»**. على أن التفرق يجب أن يكون تفرقاً طبيعيًا، لا تعمد فيه ولا إكراه، فلا يبطل التفرق الخيار إذا فارق الصاحب صاحبه خشية أن يستقيله على ما جاء في الحديث، وإن كان قد روي عن ابن عمر أنه كان إذا اشترى شيئاً يعجبه تعمد أن يفارق البائع أذرعاً ليجب البيع ثم يرجع. وإن فارق أحدهما الآخر مكرهاً لا ينقطع خياره لأن الخيار حكم علق على التفرق فلم يثبت مع الإكراه، ولأن المكره لم يوجد منه أكثر من السكوت والسكوت لا يسقط الخيار. وينقطع خيار غير

يوجد منه ما يبطل خياره، وأما القائل فيحتمل أن يبطل خياره لما روى ابن عمر أن النبي ﷺ قال: «البيعان بالخيار ما لم يفترقا أو يقول أحدهما لصاحبه: اختر». رواه البخاري وأبو داود والنسائي، لأنه جعل لصاحبه ما ملكه من الخيار فسقط خياره. وهذا مذهب ظاهر الشافعي، ويحتمل ألا يبطل خياره، لأنه خيره فلم يختر فلم يأثر فيه، كما لو جعل لزوجته الخيار فلم تختر شيئاً، ويحمل الحديث على أنه خيره فاختار. والأول أولى، لظاهر الحديث ولأنه جعل الخيار لغيره، ويفارق الزوجة لأنه ملكها ما لا تملك فإذا لم تقبل سقط وههنا كل واحد منهما يملك الخيار فلم يكن قوله تمليكاً إنما كان إسقاطاً فسقط».

انظر أيضاً **«الفروع»** (٢/ ٤٩٨ ـ ٥٠٠) وقد جاء فيه (٤٩٨): «وفي طريقة بعض أصحابنا رواية لا يثبت خيار مجلس في بيع وعقد معاوضة ـ وهذا معناه أن هناك رأياً في مذهب أحمد ينكر خيار المجلس، ويتفق في هذا مع الحنفية والمالكية.

وانظر **«القواعد»** لابن رجب (٩٠).

وانظر في مذهب الظاهرية **«المحلى»** لابن حزم (٨/ ٣٥١ ـ ٣٧٠)، وهو يثبت خيار المجلس ويقرر أحكامه ـ وقد ورد في ص (٣٥٧) منه ما يأتي: فصح يقيناً أنه لا يلزم الوفاء بعقد أصلاً إلا عقداً أتى النص بالوفاء به باسمه وعينه».

أما مذهب الأباضية فالظاهر أنه لا يقول بخيار المجلس، وقد ورد في **«النيل»** (٥/ ١١): «والمتبايعان بالخيار ما لم يتفرقا. معناه: بالصفقة عندنا لا بالأبدان».

المكره من المتعاقدين كما لو هرب من صاحبه وفارقه بغير رضاه. وقيل: بل ينقطع خيار المكره وغير المكره، لأنّ الخيار غايته التفرق وقد وجد ولأن المكره كان يمكنه أن يفسخ بالتخاير فإذا لم يفعل فقد رضي بإسقاط الخيار، ولأنه لا يعتبر رضاء المتعاقد في مفارقة صاحبه له فكذلك في مفارقته لصاحبه. وإن أكرها جميعاً انقطع خيارهما، لأن كل واحد منهما ينقطع خياره بفرقة الآخر له فأشبه ما لو أكره صاحبه دونه. وذكر من صور الإكراه ما لو رأيا سبعاً أو ظالماً خشياه أو حملهما سيل أو فرقت بينهما ريح. أما إذا أقام المتعاقدان في المجلس لم ينقطع خيارهما، وإن طالت المدة، لعدم التفرق، حتى لو سدلا بينهما ستراً أو بنيا حاجزاً أو ناما أو قاما فمضيا جميعاً ولم يتفرقا. وإن كان المشتري هو البائع، كمن يشتري لنفسه من مال ولده، فالتفرق لا يمكن، ويعتبر مفارقة مجلس العقد للزومه. ومتى حصل تفرق المتعاقدين على النحو الذي بيناه، انقطع خيارهما، قصدا ذلك أو لم يقصداه، علماه أو جهلاه، فالتفرق إذن واقعة مادية لا تصرف قانوني.

٢ ـ والتخاير يكون بأن يقول أحد المتعاقدين للآخر، قبل أن يتفرقا بأبدانهما: اختر إمضاء العقد أو فسخه، فيقول الآخر: اخترت إمضاءه أو فسخه. وبذلك يبت المتعاقدان في مصير العقد قبل التفرق وانفضاض المجلس، وإن سكت المسؤول لم ينقطع خياره. ومن خير صاحبه من المتعاقدين ـ أي السائل ـ يسقط خياره، لأن كلاً من المتعاقدين يملك الخيار فلم يكن تخيير السائل للمسؤول تمليك الخيار له بل هو إسقاط لخيار نفسه. وقيل: بل لا ينقطع خيار السائل كما لو قال لزوجته: اختاري فسكتت فإن خيار الزوج في طلاقها لا يسقط، ولكن الأولى أن ينقطع خياره، ويفارق الزوجة لأن تخييره لها لا يحمل على إسقاط خيار نفسه بل على تمليكه إياها خياراً لم تكن تملكه قبل التخيير. وقد يختار أحد المتعاقدين من تلقاء نفسه إمضاء العقد، دون أن يخيره صاحبه، فيلزم العقد في حقه وحده، ويبقى المتعاقد الآخر على خياره، كما لو كان خيار الشرط لهما فأسقط أحدهما خياره دون الآخر.

٣ ـ وموت أحد المتعاقدين قبل التفرق وانفضاض المجلس يبطل خياره عند أحمد، لأنه قد تعذر منه الخيار والخيار لا يورث. والأصح عند الشافعي أن موت المتعاقد لا يبطل خياره، فيثبت للوارث قياساً على خيار الشرط، ومن بقي من المتعاقدين حيًا يبطل خياره، لأن الخيار يبطل بالتفرق والتفرق بالموت أعظم. وقيل: لا يبطل، لأن التفرق بالأبدان لم يحصل، فإن حمل الميت بطل الخيار لأن الفرقة حصلت بالبدن والروح معاً. أما فقد أحد المتعاقدين لأهليته قبل التفرق، بأن جن مثلاً، فلا يفقده خياره، بل يثبت الخيار للولي أو القيم أو الحاكم. ومثل الجنون والإغماء أو الخرس إذا لم تفهم إشارة الأخرس.

وقد يتنازع المتعاقدان بعد الاتفاق على أن أحدهما اختار الفسخ في جريان التفرق وانفضاض مجلس العقد قبل اختيار الفسخ؛ والأصل عدم التفرق، ومن يدعي التفرق يطالب بالبينة. وقد يتفقان على أن التفرق قد تم وانفض المجلس، ولكن يتنازعان في أن أحدهما اختار فسخ العقد قبل التفرق، والأصل عدم الفسخ ومن ادعى الفسخ يطالب بالبينة.

ثم إن خيار المجلس يجوز النزول عنه عند التعاقد، وهذا هو التخاير في ابتداء العقد، فيقول أحد المتعاقدين للآخر: بعتك ولا خيار بيننا ويقبل الآخر على ذلك، فلا يكون لهما خيار. ذلك أن خيار المجلس جعل رفقاً بالمتعاقدين، فجاز لهما تركه، ولأن الخيار غرر فجاز إسقاطه، ولأن ما أثر في الخيار في المجلس أثر فيه مقارناً للعقد كاشتراط الخيار، ولأنه أحد الخيارين في البيع فجاز إخلاؤه منه كخيار الشرط. والصحيح في مذهب الشافعي هو عدم جواز النزول عن خيار المجلس ابتداء عند التعاقد، لأنه خيار يثبت بعد تمام البيع فلم يجز إسقاطه قبل تمامه كخيار الشفيع. ويرد فقهاء المذهب الحنبلي على ذلك ـ كما جاء في «**المغني**» ـ بأن القول إن إسقاط خيار المجلس ابتداء هو إسقاط للخيار قبل سببه غير صحيح، فإن سبب الخيار البيع المطلق أما البيع مع التخاير فليس بسبب له، ثم لو ثبت أنه سبب الخيار لكن المانع مقارن له فلم يثبت حكمه، وأما الشفيع فإنه أجنبي عن العقد فلم يصح اشتراط إسقاط خياره في العقد بخلاف مسألتنا. على أن من يقول من الشافعية بعدم جواز اشتراط النزول عن خيار المجلس يختلفون فيما إذا كان العقد يبطل بهذا الشرط. قال بعضهم: لا يبطل العقد، لأن هذا الشرط لا يؤدي إلى الجهل بالعوض والمعوض. وقال آخرون: بل يبطل، لأن هذا الشرط يسقط موجب العقد فأبطله كما لو شرط ألا يسلم المبيع.

ما ورد من النصوص في إثبات خيار المجلس وفي نفيه:

والآن بعد أن قررنا أن هناك رأياً في الفقه الإسلامي يثبت خيار المجلس، ويقرر أحكامه على الوجه الذي فصلناه. ورأياً آخر ينفيه، يبقى أن نذكر النصوص التي وردت في كل من الرأيين لنستخلص منها الحجج التي يستند إليها كل من الفريقين.

جاء في «**الهداية**» «**فتح القدير**» (٥/ ٨٧ ـ ٨٢): «وإذا حصل الإيجاب والقبول لزم البيع، ولا خيار لواحد منهما إلا من عيب وعدم رؤية. وقال الشافعي رحمه الله يثبت لكل واحد منهما خيار المجلس لقوله عليه الصلاة والسلام المتبايعان بالخيار ما لم يتفرقا. ولنا أن الفسخ إبطال حق للغير فلا يجوز، والحديث محمول على خيار القبول وفيه إشارة إليه فإنهما متبايعان حالة المباشرة لا بعدها أو يحتمله فيحمل عليه والتفرق فيه تفرق الأقوال». وجاء في «**فتح القدير**» (٥/ ٧٨ ـ ٨٢) تعليقاً على ما تقدم: «قوله: وإذا حصل الإيجاب والقبول لزم البيع ولا خيار لواحد منهما إلا من عيب وعدم رؤية ـ وهو قول مالك رحمه الله. وقال الشافعي وأحمد رحمهما الله. لهما خيار المجلس لقوله ﷺ: «البيعان بالخيار ما لم يتفرقا أو يكون البيع خياراً». رواه البخاري عن حديث ابن عمر رضي الله عنهما وروى البخاري أيضاً أن عمر رضي الله عنه قال: قال رسول الله ﷺ: «البيعان بالخيار ما لم يتفرقا أو يقوم أحدهما لصاحبه: اختر». وروى البخاري أيضاً من حديث حكيم بن حزام رضي الله عنه عليه الصلاة والسلام: «البيعان بالخيار ما لم يتفرقا. ولنا السمع والقياس. أما السمع فقوله تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ أَوۡفُواْ بِٱلۡعُقُودِۚ﴾ [المائدة: ١]، وهذا عقد قبل التخيير، وقوله تعالى: ﴿لَا تَأۡكُلُوٓاْ أَمۡوَٰلَكُم بَيۡنَكُم بِٱلۡبَٰطِلِ إِلَّآ أَن تَكُونَ تِجَٰرَةً عَن تَرَاضٖ مِّنكُمۡۚ﴾ [النساء: ٢٩]، وبعد الإيجاب والقبول تصدق تجارة عن تراض غير متوقف على التخيير،

وقوله تعالى: ﴿وَأَشْهِدُوٓاْ إِذَا تَبَايَعْتُمْ﴾ [البقرة: ٢٨٢]، أمر بالتوثق بالشهادة حتى لا يقع التجاحد للبيع والبيع يصدق قبل الخيار بعد الإيجاب والقبول، فلو ثبت الخيار وعدم اللزوم قبله كان إبطالاً لهذه النصوص. ولا مخلص له من هذا إلا أن يمنع تمام العقد قبل الخيار ويقول العقد الملزم يعرف شرعاً وقد اعتبر الشرع في كونه ملزماً اختيار الرضا بعد الإيجاب والقبول بالأحاديث الصحيحة وكذا لا يتم التجارة عن التراضي إلا به شرعاً وإنما أباح الأكل بعد الاختيار لاعتباره في التجارة عن تراضٍ. وأما حديث حبان بن منقذ رضي الله عنه حيث قال له: إذا ابتعت فقل لا خلابة ولي خيار، فقد أثبت له اشتراط خيار آخر وهو ثلاثة أيام، فإنما يدل على أن خيار ثلاثة أيام لا يثبت إلا بالاشتراط في صلب العقد لا أصل الخيار، ولا مخلص إلا بتسليم إمكان اعتبار الخيار في لزوم العقد وادعاء أنه غير لازم من الحديث المذكور، كما فعل المصنف بناء على أن حقيقته المتشاغلان بأمر البيع لا من تم البيع بينهما وانقضى لأنه مجازه. والمتشاغلان، يعني المساومين، ويصدق عند إيجاب أحدهما قبل قبول الآخر فيكون ذلك هو المراد، وهذا هو خيار القبول. وهذا حمل إبراهيم النخعي رحمه الله تعالى. لا يقال: هذا أيضاً مجاز لأن قبل قبول الآخر الثابت بائع واحد لا متبايعان، لأنا نقول هذا من المواضع التي تصدق الحقيقة فيها بجزء من معنى اللفظ، كالمخبر لا حقيقة له إلا حال التكلم بالخبر، والخبر لا يقوم به دفعة لتصدق حقيقته حال قيام المعنى بل على التعاقب في أجزائه، فبالضرورة يصدق مخبراً حال النطق ببعض حروف الخبر وإلا لا يتحقق له حقيقة، ولأنا نفهم من قول القائل زيد وعمرو هناك يتبايعان على وجه التبادر أنهما متشاغلان بأمر البيع متراوضان فيه، فليكن هذا المعنى الحقيقي، والحمل على الحقيقي متعين، فيكون الحديث دليل إثبات خيار القبول لنفي توهم أنهما إذا اتفقا على الثمن وتراضيا عليه ثم أوجب إحداهما البيع يلزم الآخر من غير أن يقبل ذلك أصلاً للاتفاق والتراضي السابق في إلزامه بكلام أحدهما بعد. قال المصنف رحمه الله تعالى: أو هو يحتمله فيحمل عليه، جمعاً بين ما ذكرناه من الآيات حيث يكون المتبادر إلى الفهم فيها تمام البيع والعقد والتجارة عن تراض بمجرد الإيجاب والقبول وعدم توقف الأسماء على أمر آخر. لا يقال: إن ما في خيار أحد المتبايعين وهو الثاني القابل لا خيار لهما؛ لأنه ممنوع، بل الموجب أيضاً له خيار أن يرجع قبل قبول الآخر وألا يرجع. وعلى هذا فالتفرق الذي هو غاية قبول الخيار تفرق الأقوال، وهو أن يقول الآخر بعد الإيجاب: لا أشتري أو يرجع الموجب قبل القبول. وإسناد التفرق إلى الناس مراداً به تفرق أقوالهم كثير في الشرع والعرف ـ قال الله تعالى: ﴿وَمَا تَفَرَّقَ ٱلَّذِينَ أُوتُواْ ٱلْكِتَٰبَ إِلَّا مِنۢ بَعْدِ مَا جَآءَتْهُمُ ٱلْبَيِّنَةُ﴾ [البينة: ٤]، وقال ﷺ: «افترقت بنو إسرائيل على ثنتين وسبعين فرقة وستفترق أمتي على ثلاث وسبعين فرقة». وحينئذ فيراد بأحدهما في قوله: «إذ يقول أحدهما لصاحبه: اختر» الموجب بقوله بعد إيجابه للآخر أتقبل أو لا، والاتفاق على أنه ليس المراد أن بمجرد قوله: اختر يلزم البيع بل حتى يختار البيع بعد قوله: اختر؛ فكذا في خيار القبول، والله سبحانه وتعالى أعلم. وأما القياس فعلى النكاح والخلع والعتق على مال والكتابة، كل منها عقد معاوضة يتم بلا خيار المجلس بمجرد اللفظ الدال على الرضاء، فكذا البيع. وأما ما يقال تعلق حق كل من المتعاقدين ببدل الآخر فلا يجوز إبطاله فيرد منعه بأن ذلك

بالشرع والشرع نفاه إلى غاية الخيار بالحديث، فإنما يرجع الكلام فيه إلى ما ذكرناه من معنى المتبايعين. وأما ما قيل حديث التفرق رواه مالك ولم يعمل به فلو كان المراد به ذلك لعمل به فغاية في الضعف، إذ ترك العمل به ليس حجة على مجتهد غيره، بل مالك عنده محجوج به»(١).

وجاء في «المدونة الكبرى» (١٠/ ٢٠): «قلت لابن القاسم: هل يكون البيعان بالخيار ما لم يتفرقا في قول مالك؟ قال: قال مالك لا خيار لهما وإن لم يتفرقا. قال: قال مالك: البيع كلام، وإذا أوجبا البيع بالكلام وجب البيع، ولم يكن لأحدهما أن يمتنع مما قد لزمه. وقال مالك في حديث ابن عمر: البيعان كل واحد منهما على صاحبه بالخيار ما لم يفترقا إلا بيع الخيار. قال مالك: ليس لهذا عندنا حد معروف ولا أمر معمول به فيه. «ابن وهب» وقد كان ابن مسعود يحدث أن رسول الله ﷺ قال: «أيما بيعين تبايعا فالقول ما قال البائع أو يترادان». قال ابن وهب: وقد ذكر إسماعيل بن عباس عن إسماعيل بن أمية عن عبد الملك بن عبيدة عن ابن عبد الله بن مسعود حدثه عن أبيه قال: قال رسول الله ﷺ: «إذا اختلف المتبايعان استحلف البائع ثم كان المبتاع بالخيار إن شاء أخذ وإن شاء ترك. وقال أشهب: الذي اجتمع عليه أهل العلم من أهل الحجاز أن البيعين إذا أوجبا البيع بينهما فقد لزم، ولا خيار لواحد منهما، إلا أن يكون أحدهما اشترط الخيار فيكون ذلك لمشترط الخيار على صاحبه، وليس العمل على الحديث الذي جاء: «البيعان بالخيار ما لم يفترقا». قال أشهب: ونرى والله أعلم أنه منسوخ لقول رسول الله ﷺ: «المسلمون على شروطهم»، ولقوله ﷺ: «إذا اختلف البيعان استحلف البائع»، وقال غيره فلو كان الخيار بينهما لما كلف البائع اليمين ولقال: هب الأمر كما قال المبتاع أليس لي ألا أقبل أو أن أفسخ عني البيع فإذا صادقته على البيع كان لي ألا يلزمني، فإذا خالفته فذلك أبعد من أن يلزمني».

وجاء في «المغني» (٤/ ٦ وما بعدها): «أن البيع يقع جائزاً، ولكل من المتبايعين الخيار في فسخ البيع ما داما مجتمعين لم يتفرقا، وهو قول أكثر أهل العلم. يروى ذلك عن عمر وابن عمر وابن عباس وأبي هريرة وأبي برزة، وبه قال سعيد بن المسيب وشريح والشعبي وعطاء وطاوس والزهري والأوزاعي وابن أبي ذئب والشافعي وإسحق وأبو عبيد وأبو ثور. وقال مالك وأصحاب الرأي: يلزم العقد بالإيجاب والقبول ولا خيار لهما، لأنه روي عن عمر رضي الله عنه أنه قال: البيع صفقة أو خيار، ولأنه عقد معاوضة فلزم بمجرده كالنكاح والخلع. ولنا ما روى ابن عمر عن رسول الله ﷺ أنه قال: «إذا تبايع الرجلان فكل واحد منهما بالخيار ما لم يتفرقا وكانا جميعاً أو يخير أحدهما الآخر، فإن خير أحدهما الآخر فتبايعا على ذلك فقد وجب البيع، وإن تفرقا بعد أن تبايعا ولم يترك أحدهما البيع فقد وجب البيع». متفق عليه. وقال ﷺ: «البيعان بالخيار ما لم يتفرقا». رواه الأئمة كلهم، ورواه عبد الله بن عمر وعبد الله بن عمرو وحكيم بن حزام وأبو برزة

---

(١) انظر أيضاً «شرح العناية» للبابرتي تعليقاً على «الهداية» و«حاشية سعدي شلبي» «فتح القدير»(٥/ ٧٨ ـ ٨٢).
وانظر «الزيلعي» (٤/ ٣) وقد ورد فيه ما يأتي: «وقال أبو يوسف هو التفرق بالأبدان بعد الإيجاب قبل القبول».

الأسلمي، واتفق على حديث ابن عمر وحكيم. ورواه عن نافع عن ابن عمر مالك وأيوب وعبد الله بن عمر وابن جريج والليث بن سعد ويحيى بن سعيد وغيرهم. وهو صريح في حكم المسألة. وعاب كثير من أهل العلم على مالك مخالفته للحديث مع روايته له وثبوته عنده. وقال الشافعي رحمه الله لا أدري هل اتهم مالك نفسه أو نافعاً وأعظم أن أقول عبد الله بن عمر. وقال ابن أبي ذئب يستتاب مالك في تركه لهذا الحديث. فإن قيل المراد بالتفرق ههنا التفرق بالأقوال كما قال الله تعالى: ﴿وَمَا تَفَرَّقَ ٱلَّذِينَ أُوتُوا۟ ٱلْكِتَـٰبَ﴾ [البينة: ٤] وقال النبي ﷺ: «ستفترق أمتي على ثلاث وسبعين فرقة»، أي بالأقوال والاعتقادات، قلنا: هذا باطل لوجوه. منها أن اللفظ لا يحتمل ما قالوه، إذ ليس بين المتبايعين تفرق بلفظ ولا اعتقاد، إنما بينهما اتفاق على الثمن والمبيع بعد الاختلاف فيه. الثاني: أن هذا يبطل فائدة الحديث، إذ قد علم أنهما بالخيار قبل العقد في إنشائه وإتمامه أو تركه. الثالث: أنه قال في الحديث: «إذا تبايع الرجلان فكل واحد منهما بالخيار»، فجعل لهما الخيار بعد تبايعهما، وقال: وإن تفرقا بعد أن تبايعا ولم يترك أحدهما البيع فقد وجب البيع. الرابع: أنه يرده تفسير ابن عمر للحديث بفعله، فإنه كان إذا بايع رجلاً مشى خطوات ليلزم البيع، وتفسير أبي برزة له بقوله على مثل قولنا، وهما راويا الحديث وأعلم بمعناه. وقول عمر: البيع صفقة أو خيار معناه أن البيع ينقسم إلى بيع شرط فيه الخيار وبيع لم يشترط فيه سماه صفقة لقصر مدة الخيار فيه، فإنه قد روى عنه أبو إسحاق الجورجاني مثل مذهبنا، ولو أراد ما قالوه لم يجز أن يعارض به قول النبي ﷺ، فلا حجة في قول أحد مع قول رسول الله ﷺ، وقد كان عمر إذا بلغه قول النبي ﷺ رجع عن قوله فكيف يعارض قوله بقوله! على أن قول عمر ليس بحجة إذا خالفه بعض الصحابة وقد خالفه ابنه وأبو برزة وغيرهما. ولا يصح قياس البيع على النكاح: لأن النكاح لا يقع غالباً إلا بعد روية ونظر وتمكث فلا يحتاج إلى الخيار بعده، ولأن في ثبوت الخيار مضرة من رد المرأة بعد ابتذالها بالعقد وذهاب حرمتها بالرد وإلحاقها بالسلع المبيعة، فلم يثبت فيه خيار لذلك، ولهذا لم يثبت فيه خيار الشرط ولا خيار الرؤية. والحكم في هذه المسألة ظاهر لظهور دليله ووهاء ما ذكره المخالف في مقابلته والله أعلم»[١].

---

(١) وقال الشعراني في «الميزان» (٢/ ٧٣)، مقارناً بين مذهب الخيار ومذهب عدم الخيار، جاعلاً على طريقته المذهب الأول محمولاً على حال الأصاغر والمذهب الثاني محمولاً على حال الأكابر: «ومن ذلك قول الشافعي وأحمد إنه إذا انعقد البيع يثبت لكل من المتبايعين خيار المجلس ما لم يتفرقا أو يختارا لزوم البيع، فإن اختار أحدهما اللزوم بقي الخيار للآخر حتى يفارق المجلس أو يختار اللزوم، مع قول أبي حنيفة ومالك إنه لا يثبت للمتباعين خيار المجلس. فالأول مخفف، والثاني مشدد، فرجع الأمر إلى مرتبتي «الميزان».
وجه الأول: حديث البيعان بالخيار ما لم يتفرقا أو يقول أحدهما: اخترت يعني اللزوم. ووجه الثاني لزوم البيع بمجرد تمام لفظ البيع والشراء ولا يحتاج إلى خيار مجلس. ويصح حمل الأول على حال الأصاغر الذين يود كل واحد منهم الحظ الأوفر لنفسه، فرحمهما الشارع بجعل خيار المجلس لهما لقصور نظرهما وترددهما في لزوم البيع. كما يصح حمل الثاني على حال الأكابر الذين يود كل واحد منهما الحظ الأوفر لأخيه، مثل هذين لا يحتاجان إلى خيار المجلس لعدم قطع حصول ندم منهما إذا ظهر الحظ الأوفر لأخيه، بل يفرح أحدهما بذلك، فافهم».

ويستخلص من هذه النصوص التي قدمناها أن أنصار الخيار ـ الشافعي وأحمد ـ يحتجون على خصومه ـ أبي حنيفة ومالك ـ بحديث النبي ﷺ: «البيعان بالخيار ما لم يتفرقا أو يكون البيع خياراً». وفي رواية أخرى: «ما لم يتفرقا أو يقول أحدهما لصاحبه: احتر» هذه هي الحجة الكبرى التي يستند إليها مذهب الخيار، ويُروى الحديث بمختلف الأسانيد وعلى مختلف الصور، وينكر على مالك، وهو أحد رواته، ألا يعمل به. والحديث، في مذهب أهل الخيار، صريح في أن المتعاقدين، بعد تمام العقد واقتران القبول والإيجاب، يكون لكل منهما حق الرجوع إلى أن يتفرقا بأبدانهما عن مجلس العقد فينفض المجلس ويلزم العقد، ما لم يلزم قبل ذلك بالتخاير قبل التفرق، أو ما لم يبق غير لازم بعد ذلك بقيام خيار الشرط بعد التفرق. ويهاجم خصوم الخيار حجة أنصاره عن طريق تأويل الحديث وعن طريق القول بنسخه. أما التأويل فيقولون: إن المقصود بلفظ: «البيعين» المتشاغلان بأمر البيع لا من تم البيع بينهما، والمتعاقدان متبايعان حالة المباشرة لا بعدها، فيكون كل منهما بالخيار قبل تمام البيع، الموجب بالخيار في الرجوع عن إيجابه، وهذا هو خيار الرجوع، والمتعاقد الآخر بالخيار في القبول، وهذا هو خيار القبول.

فإذا تفرق المتعاقدان بالأقوال ـ لا بالأبدان ـ بأن اختلفا على العقد وقال الآخر بعد الإيجاب: لا أشتري أو رجع الموجب قبل القبول، انقطع خيار كل منهما فلا يعود الموجب في حاجة إلى خيار الرجوع لأن إيجابه قد سقط بمخالفة المتعاقد الآخر، ولا يعود للمتعاقد الآخر خيار القبول بعد أن اختار عدم القبول. ويرد أصحاب الخيار على هذا التأويل بأن اللفظ لا يحتمله، فالبيعان هما المتعاقدان بعد تمام البيع، وليس بينهما تفرق بلفظ بل بينهما اتفاق على الثمن والمبيع وقد تم البيع باتفاقهما، فلم يبق إلا أن يكون لهما الخيار بعد تمام البيع وقبل التفرق بالأبدان. على أنه إذا قصد بالبيعين المتشاغلان بالبيع قبل تمامه لم تكن للحديث فائدة، إذ قد علم أنهما بالخيار قبل العقد في إتمامه أو تركه، ففيم الحاجة لحديث في هذا الحكم البديهي! ثم إن الحديث في بعض رواياته صريح في أن الخيار إنما يكون بعد تمام البيع، وعلى هذا الوجه فسره من الصحابة من رواه. ويعمد من ينكرون الخيار، إذا لم يسلم لهم تأويل الحديث على النحو الذي قالوا به، إلى القول بنسخ الحديث. ويعارضونه بأحاديث أخرى، منها قوله ﷺ: «المسلمون على شروطهم»، ومنها قوله عليه السلام: «إذا اختلف البيعان استحلف البائع»، فلو كان الخيار بينهما لما كلف البائع اليمين، ومنها قول عمر رضي الله عنه: البيع صفقة أو خيار. أما قول عمر فيفسره أصحاب الخيار بأن البيع ينقسم إلى بيع شرط فيه الخيار وبيع لم يشترط فيه سماه صفقة لقصر مدة الخيار فيه، على أن قول عمر لا ينسخ قول النبي ﷺ، بل هو في ذاته بفرض ألا حديث يعارضه ليس بحجة إذا خالفه بعض الصحابة وقد خالف عمر ابنه وأبو برزة وغيرهما. ويسهل بعد ذلك على أصحاب الخيار أن يدحضوا نسخ الحديث بحديث آخر ـ المسلمون على شروطهم، أو إذا اختلف البيعان استحلف البائع ـ بأن المقصود بالشرط أو بالبيع الحديث الآخر هو العقد الذي تم لازماً بانقطاع خياراته ومنها خيار المجلس. كما سهل عليهم أن يبطلوا قياس البيع على النكاح، لأن النكاح لا يقع غالباً إلا بعد روية ونظر وتمكث فلا يحتاج إلى الخيار بعده، ولأن في ثبوت الخيار فيه مضرة من رد المرأة بعد ابتذالها بالعقد وذهاب حرمتها بالرد وإلحاقها بالسلع المبيعة، فلم يثبت

فيه خيار لذلك، ولهذا لم يثبت فيه خيار الشرط ولا خيار الرؤية.

أما الحجة الكبرى التي يستند إليها من يقول بعدم الخيار فهي ما في القول به من شذوذ وإهدار لحرمة العقد. ذلك أن من يقولون بالخيار لا يريدون أن يقفوا عند المرحلة السابقة لتمام العقد، ولا يقتصرون في إعطاء الموجب حق الرجوع على أن يكون رجوعه قبل صدور القبول، ولا في إعطاء المتعاقد الآخر حق القبول أو الرفض. بل هم يسيرون إلى مدى أبعد من ذلك بكثير، فيجعلون للموجب حق الرجوع حتى بعد صدور القبول، ويجعلون للمتعاقد الآخر حق الرجوع حتى بعد أن يقبل. فالمسألة إذن، في نظر من يقول بعدم الخيار، هي: هل يجوز بعد أن يتم العقد باقتران القبول بالإيجاب، وقد خلا من خيار الشرط وخيار الوصف وخيار العيب وخيار الرؤية ولم يكن من العقود التي يجوز الرجوع فيها كالوكالة، أن يستقل أحد المتعاقدين بفسخه دون رضاء الآخر ولو في خلال فترة قصيرة من الزمن! هذا ما لا يستطيع القائلون بعدم الخيار أن يسلموا به. إذ التسليم بذلك فيه إبطال لحق المتعاقد الآخر، بل فيه إهدار لحرمة العقد، وقد جاء الكتاب صريحاً في وجوب المحافظة على هذه الحرمة. قال الله تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ أَوۡفُواْ بِٱلۡعُقُودِۚ﴾ [المائدة: ١]، وهذا عقد قبل التخيير. وقال الله تعالى: ﴿لَا تَأۡكُلُوٓاْ أَمۡوَٰلَكُم بَيۡنَكُم بِٱلۡبَٰطِلِ إِلَّآ أَن تَكُونَ تِجَٰرَةً عَن تَرَاضٖ مِّنكُمۡۚ﴾ [النساء: ٢٩] وبعد الإيجاب والقبول تصدق تجارة عن تراض غير متوقف على التخيير. وقال الله تعالى: ﴿وَأَشۡهِدُوٓاْ إِذَا تَبَايَعۡتُمۡۚ﴾ [البقرة: ٢٨٢]، أمر بالتوثق بالشهادة حتى لا يقع التجاحد للبيع والبيع يصدق قبل الخيار بعد الإيجاب والقبول. فلو ثبت الخيار وعدم اللزوم قبله كان إبطالاً لهذه النصوص.

ترجيح المذهب الذي لا يأخذ بخيار المجلس: وعندنا أن حجة المذهب الذي لا يأخذ بخيار المجلس هي الراجحة، ومما يؤكد رجحان هذا المذهب الاعتبارات الآتية:

أولاً: القول بخيار المجلس يقتضي تعليق مصير العقد إلى حين انفضاض المجلس. ولما كان وقت انفضاض العقد غير منضبط، فهو متوقف على التفرق، وقد رأينا ما جاء في التفرق من خلافات خطيرة كالتفرق بالإكراه والتفرق بالموت ونحو ذلك مما بسطناه تفصيلاً فيما تقدم، فإن وقت إبرام العقد والبتات فيه يصبح غير منضبط، وفي هذا من الإخلال باستقرار التعامل ما لا يخفى.

ثانياً: القول بخيار المجلس يزعزع من قوة العقد الملزمة. وماذا وراء توافق الإرادتين واقتران القبول بالإيجاب من شيء حتى يكون العقد قبله عارياً عن الإلزام! وإذا أريد بخيار المجلس في مذهب الشافعي إعطاء المتعاقدين فرصة للتدبر بعد اشتراط الفور في القبول، فقد كان الأولى أن تكون هذه الفرصة قبل تمام العقد لا بعده، وذلك بالتراخي في القبول وعدم اشتراط الفور فيه. بل الأولى، حتى مع اشتراط الفور في القبول، ألا يكون هناك خيار المجلس احتفاظاً بحرمة العقد. ويسع المتعاقدين في هذه الحالة ألاّ يبرما التعاقد إلا بعد المساومة وإفساح المجال للتدبر والتروي، وتكون مرحلة المساومة هذه مرحلة تسبق إبرام العقد. فإذا انتهى المتعاقدان من المساومة، واستقر رأيهما على التعاقد، عند ذلك يبرمان العقد بإيجاب يتلوه القبول فوراً وإذا قيل إن في هذا ضرباً من

الشكلية، فهي شكلية مهذبة، وهي على كل حال خير من إهدار حرمة العقد باستقلال أحد المتعاقدين بفسخه بعد تمامه عن طريق خيار المجلس. هذا إلى أن القول بخيار المجلس يجعل هناك في الواقع مجلسين لا مجلساً واحداً، مجلس العقد ومجلس الخيار، وقد تقدم بيان ذلك.

ثالثاً: أما حديث رسول الله ﷺ الذي يحتج به من يقول بخيار المجلس فقد كثرت الروايات فيه، ونقف منها عند روايتين سبق أن اخترناهما عند استخلاص حجج هذا المذهب: «البيعان بالخيار ما لم يتفرقا أو يكون البيع خياراً». وفي رواية أخرى: «البيعان بالخيار ما لم يتفرقا أو يقول أحدهما لصاحبه: اختر»[١]. وتأويل هذا الحديث في نظرنا ميسور لا مشقة فيه. ولكننا لا نؤوله على أنه يقرر خيار الرجوع وخيار القبول، فيجعل تفرق المتعاقدين تفرقاً بالأقوال لا تفرقاً بالأبدان. بل إن التأويل الذي يتبادر إلى الذهن هو أن النبي ﷺ لا يقصد أن يقرر للموجب خيار الرجوع في ذاته وللمتعاقد الآخر خيار القبول في ذاته، ولكن قصد أن يحدد الوقت الذي ينقطع فيه كل من خيار الرجوع وخيار القبول. وهذا الوقت هو وقت تفرق المتعاقدين بالأبدان لا بالأقوال، إذ مجلس العقد ينفض ضرورة عند ذلك ـ وإن كان ينفض أيضاً بالإعراض عن التعاقد ـ فينقطع بانفضاضه خيار القبول ما دام القبول لم يصدر، ويمتنع خيار الرجوع ما دام الإيجاب قد سقط[٢]. وعلى هذا التأويل لا يكون الحديث مقرراً لخيار المجلس، بل يكون كما قدمنا محدداً للوقت الذي ينقطع فيه خيار القبول وخيار الرجوع[٣].

---

(١) وتعددت روايات هذا الحديث كما رأينا. فمن ذلك: «البيعان بالخيار كل واحد منهما على صاحبه ما لم يفترقا». إلاّ بيع الخيار ومن ذلك أيضاً: «البائع والمبتاع بالخيار حتى يتفرقا، إلا أن تكون صفقة خيار، فلا يحل له أن يفارق صاحبه خشية أن يستقيله». ومن ذلك أيضاً: «إذا تبايع الرجلان فكل واحد منهما بالخيار، ما لم يتفرقا وكانا جميعاً أو يخير أحدهما الآخر، فإن خير إحداهما الآخر فتبايعا على ذلك فقد وجب البيع، وإن تفرقا بعد أن تبايعا ولم يترك أحدهما البيع فقد وجب البيع». وأبسط رواية لهذا الحديث هي: «المتبايعان بالخيار ما لم يتفرقا».

(٢) ويؤيد هذا التأويل ما جاء في «**مختصر الطحاوي**» (٧٤ ـ ٧٥): «وإذا تعاقد الرجلان البيع الجائز بينهما بلا خيار اشترطه فيه واحد منهما، فليس لواحد منهما فسخه بعد ذلك، تفرقا بأبدانهما عن موطن البيع أو لم يتفرقا. والخيار الذي جاءت به السنة هو بين قول البائع: قد بعتك وبين قول صاحبه: قد قبلت منك: للمخاطب بالبيع الرجوع قبل قبول صاحبه عما قال، وللمخاطب قبول ذلك القول ما لم يفترق هو وصاحبه بأبدانهما، فإذا افترقا بأبدانهما لم يكن له أن يقبل بعد ذلك. وإنما يجوز له أن يقبل من صاحبه ما لم يكن أخذ في عمل آخر أو في كلام آخر، وما لم يكن صاحبه أخذ في عمل آخر وفي كلام آخر قبل ذلك».

ثم إن هذا التأويل يجعل التفرق بالأبدان لا بالأقوال، وهذا هو المعنى المتبادر من الحديث، وهو عين ما ورد في «**الزيلعي**» (٤/٣) رواية عن أبي يوسف وقال أبو يوسف هو التفرق بالأبدان بعد الإيجاب قبل القبول».

(٣) ويبقى بعد ذلك أن نؤول عبارة: «أو يقول أحدهما لصاحبه: اختر». والتأويل يكون على الوجه الآتي: بعد صدور الإيجاب، إذا لم يرد الموجب أن يبقى معلقاً إلى وقت التفرق. فله أن يستعجل البت، ويقول لصاحبه: اختر قبول الإيجاب أو رفضه. وعند ذلك يمتنع على الموجب الرجوع في الإيجاب. ويتعين على المتعاقد الآخر أن يجيب فوراً في قبول إذا أراد إمضاء العقد. فإن فعل تم العقد، وإن أجاب بالرفض أو سكت، سقط الإيجاب وانفض المجلس ـ فيكون التخيير بمثابة تعجيل لانفضاض المجلس.

ومهما يكن من أمر تأويل الحديث. فنحن نواجه مبدأ ضخماً من أهم المبادىء القانونية، هو قوة العقد الملزمة. ويكسب العقد هذه القوة عند تمامه ولا يجوز أن يتأخر في كسبها عن ذلك الوقت والقول بغير ذلك فيه إهدار لمبدأ جوهري من مبادىء القانون، وإخلال بالثقة المشروعة عند التعامل، بل يجوز لتفادي هذه النتائج تغليب القياس على الأثر. وهذا ما فعل أبو حنيفة إمام أهل الرأي جرياً على مذهبه. بل هذا ما فعل مالك نفسه إمام أهل الحديث، وقد روي عنه تغليب القياس على السماع، كما قال ابن رشد في «**بداية المجتهد**». ولقد كشف مالك عن ملكة الفقه عندما أبى أن يهدر قوة العقد الملزمة. أبى إهدارها، ولو تعارض في ذلك مع ظاهر حديث رواه هو بنفسه، حتى عابه كثير من أهل العلم على ما جاء في «**المغني**»، وحتى قال الشافعي: لا أدري هل اتهم مالك نفسه أو نافعاً وأعظم أن أقول عبد الله بن عمر، وحتى قال ابن أبي ذئب يستتاب مالك في تركه لهذا الحديث. أما مالك رحمه الله فقد اكتفى بأن يقول في هذا الحديث: ليس لهذا عندنا حد معروف ولا أمر معمول به فيه[1]...

٢ ـ تطابق الإيجاب والقبول

تطابق الإرادتين وعدم تغير المحل:

لا بد لانعقاد العقد من أن تتطابق الإرادتان تطابقاً تامًا على محل العقد ولا بد أيضاً ألا يتغير المحل ما بين الإيجاب والقبول.

أولاً: تطابق الإرادتين على محل العقد:

صور انعدام التطابق:

لا بد من أن يكون القبول مطابقاً للإيجاب ويقول صاحب «**البدائع**» (٥/ ١٣٦) في هذا المعنى: وأما الذي يرجع إلى نفس العقد فهو أن يكون القبول موافقاً للإيجاب، بأن يقبل المشتري

ومما يؤيد هذا التأويل ما جاء في «**فتح القدير**» (٥/ ٧٨ ـ ٨٢): «وحينئذ فيراد بأحدهما. في قوله: أو يقول أحدهما لصاحبه: اختر ـ الموجب بقوله بعد إيجابه للآخر: أتقبل أو لا. والاتفاق على أنه ليس المراد أن بمجرد قوله: اختر يلزم البيع، بل حتى يختار البيع بعد قوله: اختر، فكذا في خيار القبول».

(١) ولعل موقف مالك من هذا الحديث يؤكد ما قيل عنه من أنه كان يعمل كثيراً بالرأي، بالرغم مما اشتهر به من أنه إمام أهل الحديث.

ثم لعل موقف من ينكر خيار المجلس من الفقهاء، معارضين في ذلك ظاهر الحديث، يبين في وضوح أن الفقه الإسلامي ـ ككل نظام قانوني ـ كان يسير في طريقه، صناعة فقهية مستقلة، ترعى المصلحة، وتساير حضارة الزمن، لا يعوقها في ذلك حتى ظاهر الحديث، بل نقول حتى ولا ظاهر الكتاب فقد وردت آية المداينة في كتاب الله الكريم وهي تكاد تكون صريحة في جعل الكتابة لازمة في الديون الآجلة، ومع ذلك خضع الفقه الإسلامي لحضارة زمنه، فآثر الشهادة على الكتابة، وإذا كان هذا الفقه العظيم قد كشف عن نزعة تقدم إلى الإمام في نفيه لخيار المجلس برغم ظاهر الحديث، ثم كشف عن نزعة رجوع إلى الوراء في إيثاره الشهادة على الكتابة برغم ظاهر الكتاب. فهو في الحالتين إنما يساوي روح عصره، ويجاري حضارة زمنه، وهو في الحالتين فقه يسير على هدى من أمره، وفقاً لقواعد مقررة، ومقتضيات من الحضارة محتومة.

ما أوجبه البائع وبما أوجبه. فإن خالفه بأن قبل غير ما أوجبه أو بعض ما أوجبه أو بغير ما أوجبه أو ببعض ما أوجبه، لا ينعقد من غير إيجاب مبتدأ موافق». ثم يضيف إلى الصور المتقدمة من انعدام التوافق صورتين أخريين على النحو الآتي:

«وعلى هذا إذا خاطب البائع رجلين فقال: بعتكما هذا العبد أو هذين العبدين، فقبل أحدهما دون الآخر، لا ينعقد، لأنه أضاف الإيجاب في العبدين أو عبد واحد إليهما جميعاً، فلا يصلح جواب أحدهما جواباً للآخر. وكذا لو خاطب المشتري رجلين فقال: اشتريت منكما هذا العبد بكذا، فأوجب أحدهما، لم ينعقد لما قلنا» **«البدائع»** (٥/ ١٣٦).

ونستعرض الآن صور انعدام التطابق الواردة في النص المتقدم، وعلى ترتيب اخترناه. ونستعير أمثلتها من صاحب **«البدائع»**.

فأول صورة منها: أن يقبل المشتري غير ما أوجبه البائع، كما إذا أوجب البائع البيع في العبد فقبل المشتري في الجارية. في هذه الصورة لا ينعقد العقد لأن الإرادتين لم تتوافقا على محل واحد، فانعدم الرضاء.

والصورة الثانية: أن يقبل المشتري بغير ما أوجبه البائع كما إذا أوجب البائع البيع بجنس ثمن (دنانير مثلاً) فقبل المشتري بجنس آخر (دراهم مثلاً). في هذه الصورة أيضاً لا ينعقد العقد للسبب ذاته الذي رأيناه في الصورة الأولى: لم تتوافق الإرادتان على محل واحد ـ وهو هنا الثمن أما في الصورة الأولى فهو المبيع ـ فانعدم الرضاء.

والصورة الثالثة: أن يقبل المشتري بعض ما أوجبه البائع، كما إذا أوجب البائع البيع في العبدين فقبل المشتري في أحدهما أو أوجب البائع في كل العبد فقبل المشتري في نصفه. ويقول صاحب **«البدائع»** (٥/ ١٣٦) في تعليل عدم انعقاد العقد في هذه الصورة ما يأتي: «وكذا إذا أوجب في العبدين فقبل في أحدهما، بأن قال: بعتُ منك هذين العبدين بألف درهم فقال المشتري: قبلت في هذا العبد، وأشار إلى واحد معين، لا ينعقد، لأن القبول في أحدهما تفريق الصفقة على البائع، والصفقة إذا وقعت مجتمعة من البائع لا يملك المشتري تفريقها قبل التمام، لأن من عادة التجار ضم الرديء إلى الجيد ترويجاً للرديء بواسطة الجيد فلو ثبت للمشتري ولاية التفريق لقبل في الجيد دون الرديء فيتضرر به البائع والضرر منفي، ولأن غرض الترويج لا يحصل إلا بالقبول فيهما جميعاً فلا يكون راضياً بالقبول في أحدهما، ولأن القبول في أحدهما يكون إعراضاً عن الجواب بمنزلة القيام من المجلس. وكذا لو أوجب البيع في كل العبد فقبل المشتري في نصفه لا ينعقد. لأن البائع يتضرر بالتفريق لأنه يلزمه عيب الشركة». فالأسباب التي يسردها صاحب **«البدائع»** لعدم انعقاد العقد، في صورة ما إذا قبل المشتري بعض ما أوجبه البائع، ثلاثة: (١) الضرر الذي يلحق البائع من تفرق الصفقة. (٢) انعدام رضاء البائع بتفرق الصفقة. (٣) اعتبار القبول في بعض الصفقة إعراضاً عن الجواب بمنزلة القيام عن المجلس. ومرد هذه الأسباب جميعاً إلى انعدام الرضاء، لأن الضرر الذي يلحق البائع من تفرق الصفقة ليس إلا سبباً لانعدام الرضاء.

ولأن إعراض المشتري عن الجواب ليس إلا مظهراً لانعدام الرضاء[1].

والصورة الرابعة: أن يقبل المشتري ببعض ما أوجبه البائع، كما إذا أوجب البائع في شيء بألف فقبل المشتري فيه بخمسمائة. في هذه الصورة لا ينعقد العقد لانعدام الرضاء كما في الصورة السابقة، لكن انعدام الرضاء هنا لحق الثمن، وفي الصورة السابقة لحق المبيع، ولا تنطوي هذه الصورة الرابعة على تفرق في الصفقة، لأن تفرق الصفقة لا يكون إلا إذا لحق التبعيض المبيع لا الثمن.

والصورة الخامسة: أن يخاطب البائع مشتريين فيقبل أحدهما دون الآخر. وفي هذه الصورة لا ينعقد البيع أيضاً لانعدام رضاء البائع، لأنه أضاف الإيجاب للمشتريين جميعاً، فلا يصلح جواب أحدهما جواباً للآخر، وإذا كان البائع قد رضي أن يبيع للإثنين معاً، فإنه لم يرض أن يبيع لواحد منهما منفرداً. وهنا يتعدد المخاطب بالإيجاب، ويقبل بعض دون بعض، فتتفرق الصفقة، ويوضح ذلك صاحب «**فتح القدير**» (٥/ ٧٨ ـ ٨٢) على الوجه الآتي: «والحاصل أن عدم صحة القبول في البعض للزوم تفريق الصفقة، فوجب أن يعرف بماذا يثبت اتحادها وتفريقها، فاعلم أنه يكون تارة من تعدد القابل وتارة من غيره. فما من تعدد القابل امتناعه لما فيه من إلزام الشركة. مثاله أن يقول البائع لمشتريين: بعتكما هذا بألف، فقال أحدهما: اشتريت دون الآخر، تعددت، فلا يلزم، لأنه لو تمّ في النصف لأنه خاطبهما بالكل فكان مخاطباً كلاً بالنصف، فلو لزم صار شريكاً للبائع، فدخل عليه عيب الشركة بلا رضاه».

---

(١) ويوضح ذلك صاحب «**فتح القدير**». فقد جاء في «**الهداية**» «**فتح القدير**» (٥/ ٧٧ ـ ٨٢): «وليس له أن يقبل في بعض البيع ولا أن يقبل المشتري بعض الثمن، لعدم رضاء الآخر بتفرق الصفقة إلا إذا بين ثمن كل واحد لأنه صفقات معنى». وجاء في «**فتح القدير**» (٥/ ٧٧ ـ ٨٢) تعليقاً على ما تقدم: «قوله: وليس له أن يقبل في بعض المبيع يعني إلا أن يرضى الآخر بذلك بعد قبوله في البعض ويكون المبيع مما ينقسم الثمن عليه بالإجراء كعبد واحد أو مكيل أو موزون. فإن كان مما لا ينقسم إلا بالقيمة كثوبين وعبدين لا يجوز وإن قبل الآخر. ولنتكلم على عبارة الكتاب هنا فإنها مما وقع فيها تجاذب. فنقول الظاهر من نظم الكلام أن ضمير «له» راجع إلى أحد المتعاقدين في قوله وإذا أوجب أحد المتعاقدين البيع فالآخر. . . وحينئذ يكون أعم من البائع والمشتري، فمعناه في البائع أنه إذا أوجب المشتري البيع، بأن قال: اشتريت هذه الأثواب أو هذا الثوب بعشرة، فليس للبائع أن يقبل في بعض المبيع من أثواب أو الثوب لعدم رضا الآخر بتفريق الصفقة، لأنه قد يتعلق غرضه بالجملة لسبب حاجته إلى الكل ويعسر عليه تحصيل باقي الأثواب لعزتها وبعضها لا يقوم بحاجته، فلو ألزمناه البيع في البعض انصرف ماله ما لم تندفع حاجته وغير ذلك من الأمور: وأما في المشتري فمعناه إذا أوجب البائع البيع فليس للمشتري أن يقبل في بعضه إذ قد يتضرر بتفريق الصفقة، لأن العادة أن يضم البائعون الجيد إلى الردىء ليروجوه فلو ألزمناه البيع بقي الرديء وذهب ما يروجه به فيتضرر بذلك. ومعلوم أن القبول في البيع يكون ببعض الثمن، فحذفه المصنف للعلم به. لكن على هذا لا حاجة لقوله: «ولا أن يقبل المشتري ببعض الثمن» لأن ذلك يستفاد من العبارة الأولى بطريق الدلالة، فلزم كون الضمير للبائع، ولفظ المشتري بالبناء للفاعل لتصحيح كلامه، أي وليس للبائع أن يقبل في بعض المبيع الذي أوجب فيه المشتري، ولا أن يقبل المشتري في بعض المبيع فيما إذا كان الموجب هنا للبائع».

هذين العبدين هذا بألف وهذا بخمسمائة، فقبل المشتري في أحدهما دون الآخر، جاز البيع لانعدام تفريق الصفقة من المشتري، بل البائع هو الذي فرق الصفقة حيث سمى لكل واحد منهما ثمناً على حدة، وعلم أنه لا ضرر له فيه، ولو كان فهو ضرر مرضي به وأنه غير مدفوع».

ويستخلص من هذا النص أن المبيع إذا كان مثليًا تفرق الثمن على آحاده؛ فكان ثمن الحصة التي انعقد فيها البيع معلوماً، فصح العقد، أما إذا كان المبيع غير مثلي أو كان مثليًا وقيميًا، وجب تعيين ثمن الحصة التي انعقد فيها البيع، ويكون التعيين إما بأن يبين البائع حصة كل واحد من المبيعات عند الإيجاب الأول، وعند ذلك لا حاجة إلى قبول جديد فالبائع هو الذي فرق الصفقة عند الإيجاب، وأما بأن يبين المشتري عند الإيجاب المبتدأ ثمن الحصة التي قبل شراءها؛ فيصح البيع بقبول جديد من البائع؛ فإذا لم يتعين ثمن الحصة بأحد هذين الطريقين، كان الثمن مجهولاً ولم يصح البيع[1]. وغني عن البيان أن هذا الحكم نفسه هو حكم تفرق الصفقة في الصورتين الأخريين عندما يتعدد المخاطب بالإيجاب[2].

---

(١) وإذا بين البائع حصة كل واحد من المبيعات عند الإيجاب، فهناك رأي يذهب إلى أن هذا كاف في اعتبار أن البائع قد رضي بتفريق الصفقة. على أن هناك رأياً آخر يذهب إلى أن هذا لا يكفي، بل يجب أيضاً تكرار لفظ المبيع. ولكن الرأي الأول الذي يذهب إلى الاكتفاء بمجرد تفريق الثمن هو الأوجه. وقد جاء في **«فتح القدير»** (٥/ ٧٨ - ٨٢) في هذا الصدد ما يأتي: «فلو كان بين ثمن كل منهما، فلا يخلو إما أن يكون بلا تكرار لفظ البيع أو بتكراره. ففيما إذا كرره فالاتفاق على أنه صفقتان، فإذا قيل في أحدهما: يصح، مثل أن يقول: بعتك هذين العبدين، بعتك هذا بألف وبعتك هذا بألف، أو اشتريت منك هذين العبدين اشتريت هذا بألف واشتريت هذا بألف، كذا في موضع، وفي موضع أن يقول: بعتك هذين بعتك هذا بألف وهذا بألفين. وفيما إذا لم يكرره، مثل: بعتك هذا بمائة وهذا بمائة، فظاهر **«الهداية»** أنه صفقتان وبه قال بعضهم، وقال آخرون صفقة واحدة وإن مراد صاحب **«الهداية»** إذا كرر لفظ البيع. والوجه الاكتفاء بمجرد تفريق الثمن، لأن الظاهر أن فائدته ليس إلا قصده بأن يبيع منهما أيهما شاء وإلا فلو كان غرضه ألا يبيعهما منه إلا جملة لم تكن فائدة لتعيين ثمن كل منهما».

(٢) وننقل نصوصاً من بعض المذاهب في حكم تفرق الصفقة. جاء في **«الوجيز»** (١/ ١٤٠ - ١٤١): «ومهما باع الرجل ملك نفسه وملك غيره ففي صحة بيعه في ملكه قولان. ولو كان ما بطل البيع فيه حراً أو خمراً أو خنزيراً أو ما لا قيمة له. فقولان مرتبان وأولى بالبطلان. وللبطلان علتان: إحداهما أن الصيغة متحدة فإذا فسدت في بعض المقتضيات لم تقبل التجزيء، والأخرى أن الثمن فيما يصح يصير مجهولاً. وعلى هذه العلة لا يمتنع تفريق الصفقة في الرهن والهبة إذ لا عوض فيهما، ولا في النكاح فإنه لا يفسد بالجهل في العوض. ولو اشترى عبدين وانفسخ العقد في أحدهما بالتلف قبل القبض أو بسبب يوجب الفسخ، ففي الانفساخ في الباقي قولان: تفريق الصفقة وأولى بألا ينفسخ في الباقي. والأصح أن الفساد مقصور على الفاسد إلا إذا صار ثمن ما يصح العقد عليه مجهولاً، حتى لو باع عبداً له نصفه صح في نصيبه إذ حصته نصف الثمن. وكذا بيع حملة الثمار وفيها عشر الصدقة، بخلاف ما لو باع أربعين شاة وفيها الزكاة إذ حصة الباقي مجهولة. ثم مهما قضينا بالصحة فللمشتري الخيار إذا لم يسلم له جميع ما اشتراه، ويأخذ الباقي إن أجاز بقسطه من الثمن على أصح القولين لا بكل الثمن، وأصح القولين أنه لو جمع بين عقدين مختلفين في صفقة واحدة، كالإجارة والسلم أو الإجارة والبيع أو النكاح والبيع، مثل أن يقول: زوجتك جاريتي وبعتك عبدي بدينار، فالعقد صحيح وإن اختلفت في الدوام أحكامهما. وتتعدد الصفقة بتعدد البائع وبتفصيل الثمن،

وأما صورة قبول المشتري المبيع ببعض الثمن، كما إذا أوجب البائع بألف فقبل المشتري بخمسمائة، فقد قدمنا أن البيع لا ينعقد لانعدام الرضاء. ولكن يجوز اعتبار قبول المشتري بخمسمائة إيجاباً مبتدأ، على النحو الذي أسلفناه، فإذا قبله البائع في مجلس العقد، تم العقد بخمسمائة لا بألف، وفي هذا الصدد يصور الفقهاء فروضاً نادرة الحصول، فيعكسون الصورة التي نحن فيها ويفرضون أن المشتري قبل المبيع بأكثر من الثمن الذي عينه البائع، أو أن البائع قبل أن يبيع بأقل من الثمن الذي عينه المشتري، ويقولون: إن البيع ينعقد في هاتين الحالتين بالثمن الأقل، إلا إذا قبل البائع الزيادة في الحالة الأولى. جاء في **«الفتاوى الخانية»** (٢/ ١٢٧): «ولو قال البائع: بعت منك هذا العبد بألف درهم، فقال المشتري اشتريت منك بألفي درهم، ذكر في النوادر أنه ينعقد البيع بألف، والألف الأخرى زيادة في الثمن إن قبلها البائع صح. وكذلك لو ابتدأ المشتري فقال: اشتريت منك هذا العبد بألفى درهم، فقال البائع: بعته بألف درهم، كان ذلك حطًا لأحد الألفين». وجاء في **«الفتاوى الهندية»** (٣/ ٧): «ولو قال لآخر: بعت منك عبدي هذا بألف درهم، وقال المشتري: اشتريت بألفي درهم، فالبيع جائز، فإن قبل الزيادة في المجلس فالبيع بألفي درهم، وإن لم يقبل صح بألف. ولو قال: اشتريت هذا العبد بألفين، فقال البائع: بعت منك بألف، جاز البيع بألف، كذا في **«الخلاصة»**. ولوقال: بعتكَه بألفين، فقال: قبلت الأول بألف، لم يجز. فإن قال: قبلت البيعين جميعاً بثلاثة آلاف فهو كقوله: قبلت الأخير بثلاثة آلاف، يعني يكون البيع بألفين، والألف زيادة إن شاء قبلها في المجلس وإن شاء ردها»[1].

مثل أن يقول: بعت هذا بدرهم وهذا بدينار. وهل تتعدد بتعدد المشتري؟ فيه قولان. وإذا جرى العقد بوكالة، فالأصح أن الاعتماد على الموكل في تعدده واتحاده».

انظر أيضاً **«الأشباه»** للسيوطي (٧٦) وما بعدها.

وجاء في **«النيل»** (٢/ ١١): «وإن باع شيئاً بكذا فقبل مشتريه بعضه، أو باع اثنان لواحد فقبل نصيب أحدهما، فهل جاز البيع أو لا؟ قولان ثم هل يدرك الشريك شفعة ذلك النصيب إن كان أهلاً أو أبطل حقه حين باع ولم يقبل؟ فيه تردد والأول أظهر. ومن باع لاثنين فقبل أحدهما شارك البائع ومنع قبوله وحده. . . وإن بيع واحد بصفقات جمعت بقبول، جاز على المختار ويتم.

وجاء في **«المنتزع المختار»** (٣/ ٤): «الشرط الثالث أن يكون الإيجاب والقبول متطابقين، أي يتناول القبول كل ما يتناوله الإيجاب، ولا يتنقص عنه ولا يزيد. فلو قال: بعتك هذين العبدين بألفين أو كل واحد بألف، فقبل أحدهما بألف، لم يصح البيع. وكذا لو كان المشترى اثنين، فقبل أحدهما أحد العبدين بألف أو قبل أحدهما الكل والبائع باع منهما جميعاً، لم يصح البيع لأنهما غير متطابقين. فأما لو قال: بعتك هذا بألف وبعتك هذا بألف، فقال المشتري: اشتريت هذا بألف، فإنه يصح، لأن الإيجاب والقبول في هذه الصورة متطابقان من حيث كانا عقدين قبل أحدهما الآخر، وكذا يصح لو قال البائع بعت منك العبدين كل واحد بألف، فقال المشتري: قبلت هذا بألف وهذا بألف. وهكذا إذا كان البائع شخصين لشيئين أو لشيء واحد، فقبل المشتري بيع أحد الشخصين دون بيع الآخر، صح العقد لأن الإيجاب والقبول قد تطابقا».

(١) انظر **«المجلة»** (١٧٨) ـ وهذه الفروض النادرة نراها أيضاً في كتاب الالتزامات للفقيه الفرنسي دوتييه، وهو أشهر فقهاء القانون الفرنسي القديم.

ويلاحظ في الفرض الأخير الذي ورد في **«الفتاوى الهندية»** ـ قال: بعتكه بألف، بعتكه بألفين ـ أنه كرر الإيجاب ـ ففسخ الإيجابُ الثاني (بعتكه بألفين) الإيجاب الأول (بعتكه بألف)، فسقط الإيجاب الأول وقام الإيجاب الثاني، فإذا قبل المتعاقد الآخر الإيجاب الأول بألف صادف القبول إيجاباً ساقطاً فلا ينعقد العقد، ووجب أن ينصب القبول على الإيجاب الثاني بألفين وهو الإيجاب القائم. وقد ورد في هذا الحكم نص في القانون المدني العراقي، إذ تقول المادة ٨٣ من هذا القانون: «تكرار الإيجاب قبل القبول يبطل الأول، ويعتبر في الإيجاب الثاني».

مطابقة القبول للإيجاب في الفقه الغربي:

وهذه الفروض والأحكام التي بسطناها في الفقه الإسلامي لا يوجد ما يمنع من التسليم بها في الفقه الغربي. وقد لخصتها المادة ٩٦ من القانون المدني المصري في العبارات الآتية: «إذا اقترن القبول بما يزيد في الإيجاب أو يقيد منه أو يعدل فيه اعتبر رفضاً يتضمن إيجاباً جديداً». وجاء في شرح هذا النص في **«الوسيط»** (٢١٩ ـ ٢٢٠) ما يأتي:

«فالقبول إذن يجب أن يكون مطابقاً للإيجاب على النحو الذي قدمناه أما إذا كان غير مطابق له، بل اختلف عنه زيادة أو نقصاً أو تعديلاً، فإن العقد لا يتم، ويعتبر مثل هذا القبول رفضاً يتضمن إيجاباً جديداً، فإذا طلب البائع ثمناً للمبيع ألفاً تدفع فوراً، وقبل المشتري أن يدفع الألف على أن يزيد البائع في المبيع، أو قبل أن يدفع في المبيع وحده ثمانمائة، أو قبل أن يدفع فيه وحده ألفاً ولكن بالتقسيط، لم يتم البيع، واعتبر هذا القبول إيجاباً جديداً من المشتري».

ثانياً: عدم تغير المحل ما بين الإيجاب والقبول:

وحتى يتم العقد يجب ألا تتغير حال المبيع وقت القبول عما كانت عليه وقت الإيجاب، فلو باع عصيراً، فسكت المشتري حتى تخمر ثم تخلل، ثم قبل، لم ينعقد العقد. ذلك أن الإيجاب والقبول قد توافقا على بيع عصير، والمبيع قبل تمام العقد قد أصبح خلاً، فلا يتم العقد في الخل لأنه لم يكن محل التراضي، ولا في العصير لأنه غير موجود.

وقد جاء في **«الفتاوى الخانية»** (٢/ ١٣١) في هذا المعنى ما يأتي: «وكذا لو قطعت يد الجارية بعد الإيجاب وأخذ البائع أرشها، أو ولدت الجارية، أو تخمر العصير ثم صار خلاً، لا يصح قبول المشتري».

وجاء في **«الفتاوى الهندية»** (٣/ ٨): «ولا بد من كون القبول قبل تغير المبيع، كذا في البحر الرائق، فلو باع عصيراً، فلم يقبل المشتري حتى تخمر ثم تخلل، ثم قبل المشتري لم يجز. وكذا لو ولدت الجارية، ثم قبل المشتري. وكذلك لو باع عبدين، فلا يقبل المشتري حتى قتل أحدهما فقبض البائع الدية. ثم قبل المشتري، هكذا في **«التتارخانية»**. (انظر أيضاً **«ابن عابدين»** (٤/ ٢٩). ويمكن قبول هذا الحكم في الفقه الغربي لأنه لا يخالف أصوله، وإن لم يكن موضع ذكر خاص في هذا الفقه.

المطلب الثاني
التعاقد بين الغائبين

خصائص هذا التعاقد:

التعاقد بين الغائبين، كالتعاقد بين الحاضرين، يجب أن يتم في مجلس العقد. وللموجب فيه خيار الرجوع في إيجابه. وللمتعاقد الآخر خيار القبول. ويجب فيه مطابقة القبول للإيجاب على النحو الذي فصلناه في التعاقد بين الحاضرين.

إلا أن التعاقد بين الغائبين له خصائص يتميز بها عن التعاقد بين الحاضرين. وهي تتعلق:

أولاً: بمجلس العقد.

ثانياً: بوقت تمام العقد.

ثالثاً: بخيار الرجوع وخيار القبول وخيار المجلس.

فنستعرض هذه المسائل الثلاث[1].

مجلس العقد في التعاقد بين الغائبين:

قدمنا عند الكلام في التعبير عن الإرادة بالرسالة وبالكتابة[2] أن الأصل في الإيجاب والقبول أن يقترن أحدهما بالآخر في مجلس واحد. فإذا أوجب أحد المتعاقدين في غياب المتعاقد الآخر، لم يتوقف شطر العقد على الشطر الآخر إلا في المجلس بحيث لو قبل عن المتعاقد الآخر قابل في المجلس انعقد العقد وتوقف على إجازة المتعاقد الآخر، ولا يتوقف شطر العقد على الشطر الآخر فيما وراء المجلس إلا إذا كان التعاقد بالرسالة أو الكتابة، ويكون مجلس العقد في هذه الحالة هو محل أداء الرسالة أو بلوغ الكتاب، وقد جاء في «**الهداية**» «**فتح القدير**» (٧٨ ـ ٨٢). «والكتاب كالخطاب وكذا الإرسال، حتى اعتبر مجلس بلوغ الكتاب وأداء الرسالة».

ومن ثم نرى أن مجلس العقد في التعاقد بين الغائبين غير مجلسه في التعاقد بين الحاضرين. فالمجلس الثاني هو محل صدور الإيجاب، أما المجلس الأول فهو محل بلوغ الإيجاب المتعاقد الآخر، أي محل أداء الرسالة أو بلوغ الكتاب، وهذا الفرق اقتضته طبيعة التعاقد بين الغائبين، فالمتعاقد الآخر غائب عن المجلس الذي صدر فيه الإيجاب، فلا بد من بلوغ الإيجاب إليه، وفي محل بلوغه يكون مجلس العقد.

وقد رأينا أن صاحب «**البدائع**» (٥/ ١٣٨) يفسر ذلك تفسيراً معقولاً فيقول: «أما الرسالة فهي

---

(١) أما التعاقد بالتليفون أو بأي طريق مماثل، فيعتبر تعاقداً بين حاضرين من حيث الزمان وبين غائبين من حيث المكان. فتراعى أحكام كل نوع في مناسبته. وقد نصت المادة (٨٨) من القانون المدني العراقي في هذا الصدد على ما يأتي: «يعتبر التعاقد بالتليفون أو بأية طريقة مماثلة كأنه تم بين حاضرين فيما يتعلق بالزمان، وبين غائبين فيما يتعلق بالمكان». قارن المادة (١٨٥) من القانون اللبناني.

(٢) انظر الكراسة الأولى (١٠٠ ـ ١٠٦).

أن يرسل رسولاً إلى رجل، ويقول للرسول: إني بعت عبدي بكذا، فذهب الرسول وبلغ الرسالة، فقال المشتري في مجلسه ذلك: قبلت، انعقد البيع، لأن الرسول سفير ومعبر عن كلام المرسل ناقل كلامه إلى المرسل إليه فكأنه حضر بنفسه فأوجب البيع وقبل الآخر في المجلس. أما الكتابة فهي أن يكتب الرجل إلى رجل أما بعد فقد بعت عبدي فلاناً منك بكذا، فبلغه الكتاب فقال في مجلسه: اشتريت، لأن خطاب الغائب كتابه، فكأنه حضر بنفسه وخاطب بالإيجاب وقبل الآخر في المجلس».

ورأينا في التعاقد بالرسالة أنه إذا نقل الرسول الإيجاب للمتعاقد الآخر، وقبل هذا في مجلس أداء الرسالة ـ وهو مجلس العقد في هذه الحالة ـ انعقد العقد، لأن الرسول كما تقدم القول ناقل، فلما قبل العاقد الآخر اتصل لفظه بلفظ الموجب حكماً. أما لو بلغ أحد الإيجاب بغير أمر الموجب فقبل العاقد الآخر، لم ينعقد العقد لأن المبلغ ليس رسولاً بل فضوليًا، لكن لو أمر الموجب أحداً بتبليغ إيجابه، فقد أظهر من نفسه الرضا بالتبليغ، فكل تبليغ للإيجاب حتى لو كان من غير المأمور يعتبر تبليغاً برضاه، فإن قبل المتعاقد الآخر في مجلس التبليغ انعقد العقد. ونقلنا في هذا الصدد عن **«فتح القدير»** (٥/ ٧٩) ما يأتي:

«والرسالة أن يقول: اذهب إلى فلان وقل له: إن فلاناً باع عبده فلاناً منك بكذا، فجاء فأخبره، فأجاب في مجلسه ذلك القبول، وكذا إذا قال: بعت عبدي فلاناً من فلان بكذا فاذهب يا فلان فأخبره. فذهب فأخبره فقبل، وهذا لأن الرسول ناقل، فلما قبل اتصل لفظه بلفظ الموجب حكماً، فلو بلغه بغير أمره فقبل، لم يجز، لأنه ليس رسولاً بل فضوليًا. ولو كان قال: بلغه يا فلان، فبلغه غيره فقبل، جاز». ويقول **«ابن عابدين»** (٤/ ١٤ ـ ١٥): «... وجه الجواز ما نقل عن **«المحيط»** أنه حين قال: بلغه فقد أظهر من نفسه الرضا بالتبليغ برضاه فإن قبل صح البيع»[(١)].

وجاء في **«الفتاوى الهندية»** (٣/ ٩): «وإذا قال: بعت هذا من فلان الغائب بكذا، فبلغه الخبر فقبل، لا يصح. ولو قبل عنه إنسان في المجلس توقف على إجازته، كذا في **«السروجية»**. ولو قال: بعته منه فبلغه: يا فلان، فبلغه رجل آخر، جاز، كذا في **«المحيط»»**. ويبدو من النصوص المتقدمة أن هناك فرقاً بين ما إذا كان الموجب لم يأمر أحداً بتبليغ إيجابه وبين ما إذا كان قد أمر رسولاً بالتبليغ سواء كان من قام بالتبليغ هو الرسول نفسه أو شخص آخر لم يؤمر بالتبليغ. ففي الحالة الأولى لا يعتبر الإيجاب باتًا لأن الموجب لم يأمر بتبليغه، فإذا بلغ المتعاقد الآخر عرضاً لم ينعقد العقد. وفي الحالة الثانية يصبح الإيجاب باتًا بمجرد الأمر بالتبليغ ـ أي بالتصدير ـ فإذا بلغ المتعاقد الآخر سواء عن طريق الرسول المأمور بالتبليغ أو عن طريق شخص آخر لم يؤمر بذلك، فإن العقد ينعقد.

ورأينا في التعاقد بالكتابة أن الكتاب كالخطاب. فلو أرسل المتعاقد إيجابه في كتاب للمتعاقد

---

(١) انظر الكراسة الأولى (١٠١ ـ ١٠٢).

الآخر، وبلغ الكتاب هذا ففهم ما فيه وقال: قبلت في مجلس بلوغ الكتاب، انعقد[١].

وقد جاء في «**الفتاوى البزازية**» (٤/ ٣٦٦):

«وكما ينعقد بالخطاب من الحاضر ينعقد بالخطاب من الغائب أيضاً، فإن كتب البائع إلى آخر: بعت عبدي منك بكذا، وقال عند وصول الكتاب: قبلت، تم. وإن كتب المشتري بعتَ عبدك كذا مني بكذا، فقال: اشتريت، لا يصح. ولو كتب إليه: اشتريت عبدك، فقال: بعت، تم لوجود الركنين». ورأينا أيضاً أن الكتابة تختلف عن الرسالة في أن المتعاقد الآخر إذا لم يجب في أول مجلس لبلوغ الكتاب، فالكتاب باق، بحيث إذا قرىء في مجلس ثان، فقبل المتعاقد الآخر، انعقد العقد. وقد جاء في «**ابن عابدين**» (٤/ ١٤ ـ ١٥) في هذا الصدد ما يأتي: «وذكر شيخ الإسلام جواهر زادة في «**مبسوطه**»: الكتاب والخطاب سواء إلا في فصل واحد، وهو أنه لو كان حاضراً فخاطبها بالنكاح فلم تجب في مجلس الخطاب، ثم أجابت في مجلس آخر، فإن النكاح لا يصح. وفي الكتاب إذا بلغها وقرأت الكتاب ولم تزوج نفسها منه في المجلس الذي قرأت الكتاب فيه، ثم زوجت نفسها في مجلس آخر بين يدي الشهود وقد سمعوا كلامها وما في الكتاب، يصح النكاح، لأن الغائب إنما صار خاطباً لها بالكتاب، والكتاب باق في المجلس الثاني، فصار بقاء الكتاب في مجلسه وقد سمعه الشهود ما فيه في المجلس الثاني بمنزلة ما لو تكرر الخطاب من الحاضر في مجلس آخر. فأما إذا كان حاضراً فإنما صار خاطباً لها بالكلام وما وجد من الكلام لا يبقى إلى المجلس الثاني، وإنما سمع الشهود في المجلس الثاني أحد شطري العقد. ا هـ... وظاهر أن البيع كذلك وهو خلاف ظاهر «**الهداية**»، فتأمل[٢].

متى يتم العقد في التعاقد بين الغائبين:

وننتقل بعد ذلك إلى مسألة هامة في التعاقد بين الغائبين، هي متى يتم التعاقد بينهما؟

انقسم الفقه الغربي في هذه المسألة كما هو معروف، إلى أربعة آراء: رأي يقول: بإعلان القبول (déclaration) من المتعاقد الآخر، وثان يقول بتصدير القبول (expédition) إلى الموجب وهذا غير تصدير الإيجاب إلى المتعاقد الآخر، وثالث يقول بوصول القبول (reception) إلى الموجب، ورابع يقول بعلم الموجب بالقبول (information).

وقد اختار القانون المدني المصري أن يتم العقد بين الغائبين من وقت علم الموجب بالقبول وفي المكان الذي وقع فيه هذا العلم، على أن يفترض أن الموجب قد علم بالقبول في المكان والزمان اللذين وصل إليهما فيهما هذا القبول. فنصت المادة (٩٧) من القانون على ما يأتي: «١ ـ يعتبر التعاقد ما بين الغائبين، قد تم في المكان وفي الزمان اللذين يعلم فيهما الموجب بالقبول، ما لم يوجد اتفاق أو نص قانوني يقضي بغير ذلك. ٢ ـ ويفترض أن الموجب قد علم بالقبول في المكان والزمان اللذين وصل إليه فيهما هذا القبول». وكذلك فعل القانون المدني العراقي، فنص

---

(١) انظر الكراسة الأولى (١٠١).

(٢) انظر الكراسة الأولى (١٠١ و١٠٤ ـ ١٠٥).

في المادة (٨٧) على ما يأتي: «١ - يعتبر التعاقد ما بين الغائبين قد تم في المكان والزمان اللذين يعلم فيهما الموجب بالقبول ما لم يوجد اتفاق صريح أو ضمني أو نص قانوني يقضي بغير ذلك. ٢ - ويكون مفروضاً أن الموجب قد علم بالقبول في المكان والزمان اللذين وصل إليه فيهما» أمّا القانون المدني السوري فقد اختار أن يتم العقد بين الغائبين في المكان والزمان اللذين أعلن فيهما القبول من المتعاقد الآخر. وقد اقتدى في ذلك بقانون الالتزامات اللبناني (م ١٨٤). وهذه هي إحدى المسائل النادرة التي خالف فيها القانون المدني السوري القانون المدني المصري، «وذلك - كما تقول المذكرة الإيضاحية للقانون السوري - لكثرة المعاملات الجارية بين سورية ولبنان بحيث تقضي المصلحة بتوحيد النصوص التشريعية في هذا الموضوع بين البلدين لئلا يقع تنازع بين قانونيهما يؤدي إلى الإضرار بحقوق ذوي العلاقة». فنصت المادة (٩٨) من القانون المدني السوري على ما يأتي: «يعتبر التعاقد ما بين الغائبين قد تم في المكان وفي الزمان اللذين صدر فيهما القبول، ما لم يوجد اتفاق أو نص قانوني يقضي بغير ذلك».

أما في الفقه الإسلامي فلم نعثر على نص صريح في هذه المسألة يبين متى يتم العقد بين الغائبين، هل يتم بمجرد إعلان القبول[١] أو لا يتم إلا بعلم الموجب بالقبول[٢]؟ ولكن وردت نصوص في وجوب سماع المتعاقد الآخر الإيجاب وفي وجوب سماع الموجب للقبول، والظاهر أن هذه النصوص إنما وردت في التعاقد ما بين الحاضرين، فنوردها ثم نبحث هل تنطبق أيضاً على التعاقد ما بين الغائبين. جاء في **«فتح القدير»** (٥/ ٧٤): «قوله: البيع ينعقد بالإيجاب والقبول يعني إذا سمع كل كلام الآخر. ولو قال البائع: لم أسمعه وليس به صمم، وقد سمعه من في المجلس، لا يصدق». والمفهوم من هذا النص أن البيع لا ينعقد إلا إذا سمع المشتري إيجاب البائع وسمع البائع قبول المشتري، فالبيع لا ينعقد إذن إلا بعلم الموجب بالقبول، وهو في المثل الذي نحن بصدده سماع البائع قبول المشتري. وإذا ادعى أنه لم يسمع هذا القبول، وكذبه الظاهر بأن كان ليس به صمم وقد سمع من في المجلس قبول المشتري، فإنه لا يصدق، ويفترض أنه سمع القبول. وجاء في **«الفتاوى الهندية»** (٣/ ٣): «ومنها سماع المتعاقدين كلامهما، وهو شرط انعقاد البيع بالإجماع. فإذا قال المشتري: اشتريت، ولم يسمع البائع كلام المشتري، لم ينعقد البيع، وهكذا في **«الفتاوى الصغرى»**. فإن سمع أهل المجلس كلام المشتري، والبائع يقول: لم أسمع ولا وقر في أذني، لم يصدق قضاء، كذا في **«البحر الرائق»**. وجاء في **«الفتاوى البزازية»** (٤/ ٣٦٤): وسماع كل من المتعاقدين كلام صاحبه شرط انعقاد البيع. حتى إذا أوجب أحدهما أو قبل، ولم يسمع الآخر، لا يتم البيع بالإجماع. كذا في النكاح والخلع في **«المختار»**. ولو سمع أهل المجلس، وزعم أحدهما عدم السماع، إن لم يكن في أذنه وقر لا يصدق قضاء».

---

(١) ويمكن إدخال الرأي الذي يقول بتصدير القبول ضمن هذا الرأي: فالقبول لا يكون باتاً بمجرد إعلانه، بل يجب تصديره حتى يصعب الرجوع فيه.

(٢) وكذلك يمكن إدخال الرأي الذي يقول بوصول القبول ضمن هذا الرأي؛ فوصول القبول قرينة على العلم به، وهذا ما جرى عليه القانون المصري والعراقي فيما قدمناه.

فلا شك إذن في وجوب سماع الموجب للقبول حتى ينعقد العقد، وهذا في التعاقد بين الحاضرين. فهل هو أيضاً واجب في التعاقد بين الغائبين، يجيب الأستاذ شفيق شحاتة في رسالته المعروفة (١٤٠) بما يأتي: «وعلى ذلك يمكن القول إن العقد إذا انعقد بالمكاتبة يتم عند قبول القابل، ولا يشترط أن يكون القبول قد وصل إلى علم الموجب. ويلاحظ أنه على وجه عام يشترط أن يسمع الطرف الآخر إيجاب الموجب، ولكن لا يشترط بعد هذا سماع الموجب القبول». أما تقرير هذا الحكم على وجه عام فيعارضه ما أوردناه من النصوص في التعاقد بين الحاضرين من وجوب سماع الموجب للقبول. ولكن يبدو أن الحكم يختلف إذا كان التعاقد بين غائبين. فإن النصوص التي أوردناها في التعاقد بالرسالة وبالكتابة لا تشترط صراحة أن يسمع الموجب القبول، كما اشترطت ذلك النصوص التي أوردناها في التعاقد بين الحاضرين. ففي التعاقد بالرسالة يقول صاحب **«البدائع»** (١٣٨/٥): «أما الرسالة فهي أن يرسل رسولاً إلى رجل، ويقول للرسول: إني بعت عبدي بكذا فذهب الرسول وبلغ الرسالة، فقال المشتري في مجلسه ذلك: قبلت، انعقد البيع». وفي التعاقد بالكتابة يقول **«ابن عابدين»** (٤/ ١٤ ـ ١٥): «صورة الكتابة أن يكتب أما بعد فقد بعت عبدي فلاناً منك بكذا، فلما بلغه الكتاب قال في مجلسه ذلك: اشتريت، تم البيع بينهما». ولم تشترط النصوص في الحالتين، لتمام البيع، أن يسمع المشتري قبول البائع. ولو قلنا: إنه في الرسالة يكفي سماع رسول البائع قبول المشتري، ولو أنه رسول وليس بوكيل، فكيف نعلل الأمر في التعاقد بالكتابة، والمشتري قد اكتفى بالقبول بعد قراءة كتاب البائع، وليس هناك رسول يسمع هذا القبول، ومع ذلك فقد تم البيع؟ الظاهر من النصوص إذن يؤيد رأي الأستاذ شفيق شحاتة في قوله: «وعلى ذلك يمكن القول إن العقد إذا انعقد بالمكاتبة يتم عند قبول القابل، ولا يشترط أن يكون القبول قد وصل إلى علم الموجب». فيتم العقد بين الغائبين، إذن، في الفقه الإسلامي بإعلان القبول ولا يشترط علم الموجب بالقبول. وإذا كان التعاقد بين الحاضرين يشترط فيه سماع الموجب للقبول، كما تصرح النصوص بذلك، فكل ما يشترط في التعاقد بين الغائبين أن يكون الموجب قد أراد تبليغ إيجابه للمتعاقد الآخر كما قدمنا، حتى يُعلم بذلك أن إيجابه باتّ، ولا يشترط أن يسمع هو ـ أي الموجب ـ قبول المتعاقد الآخر أو أن يبلغه هذا القبول.

هذا ما نستخلصه من ظاهر النصوص. ولكنا مع ذلك نرى أن الفقهاء لم يواجهوا، في وجوب سماع الموجب للقبول، حالة التعاقد بين الغائبين مواجهة صريحة. وهم لم يواجهوا في ذلك إلا حالة التعاقد بين الحاضرين. ولو أنهم واجهوا الحالة الأولى كما واجهوا الحالة الثانية، لما كان بعيداً أن تختلف الآراء فيها. بل نحن نذهب إلى أبعد من ذلك، ونقول: إن منطق القاعدة التي تقول بوجوب سماع الموجب القبول في التعاقد بين حاضرين تقتضي القول بوجوب علم الموجب بالقبول في التعاقد بين غائبين. والسماع في حالة حضور الموجب يقابله العلم في حالة غيابه.

خيار الرجوع وخيار القبول وخيار المجلس في التعاقد بين الغائبين:

ونظر الآن هل خيار الرجوع وخيار القبول وخيار المجلس في التعاقد بين الغائبين مثلها في

التعاقد بين الحاضرين؟

خيار الرجوع:

أما خيار الموجب في الوجوع عن إيجابه فقد رأيناه قائماً في التعاقد بين الحاضرين، فيجوز للموجب أن يرجع في الإيجاب ما دام القبول لم يصدر من المتعاقد الآخر. ولكن لما كان سماع المتعاقدين كلامهما هو شرط انعقاد العقد بالإجماع في التعاقد بين الحاضرين، فالظاهر أن للموجب أن يرجع في إيجابه قبل أن يسمع القبول من المتعاقد الآخر، حتى لو كان هذا القبول قد صدر فعلاً. كذلك يجوز للقابل أن يرجع في قبوله قبل أن يسمعه الموجب. بقي أن نبحث هل الرجوع ذاته يجب أيضاً سماعه، قياساً على وجوب سماع الإيجاب والقبول؟ في هذه المسألة خلاف. فقد ورد في **«الفتاوى الهندية»** (٣/ ٨) ما يأتي: «وللموجب أيًا كان أن يرجع قبل قبول الآخر، هكذا في **«النهر الفائق»**. ولا بد من سماع الآخر رجوع الموجب، كذا في **«التتارخانية»**. وفي اليتيمة يصح الرجوع وإن لم يعلم به الآخر. كذا في **«البحر الرائق»** لو قال البائع: بعت منك هذا العبد بكذا، ثم قال: رجعت، ولم يسمع البائع وقال: اشتريت، ينعقد البيع. كذا في **«الظهيرية»**. ويستخلص من هذا النص أن هناك رأياً يذهب إلى وجوب سماع الرجوع، فلو قبل المتعاقد الآخر قبل أن يسمع رجوع الموجب انعقد العقد، لأن الرجوع لا ينتج أثره إلا إذا سمعه القابل قبل أن يقبل. وهناك رأي آخر يذهب إلى عدم اشتراط سماع الرجوع، فلو قبل المتعاقد الآخر بعد رجوع الموجب لم ينعقد العقد حتى لو كان القابل لم يسمع الرجوع إلا بعد أن قبل.

هذا الخلاف قائم في التعاقد بين الحاضرين، فهل الأمر كذلك في التعاقد بين الغائبين؟ يحسن أن نقرر أولاً أنه في التعاقد بين الغائبين يبدو أن سماع المتعاقد الآخر للإيجاب ضروري لانعقاد العقد.

قال البنا في حاشيته على **«شرح الزرقاني»** على سيدي خليل (٥/ ٥ ـ ٦): «قال البزرلي في «نوازله»: : رجل قال في سلعة وقد عرضها من أتاني بعشرة فهي له، فأتاه رجل بذلك. إن سمع كلامه أو بلغه، فهو لازم وليس للبائع منعه. وإن لم يسمعه ولا بلغه، فلا شيء عليه». ويستخلص من هذا النص، في المذهب المالكي، أن الإيجاب إذا وجه إلى شخص غير معين، وتعين الشخص بعد ذلك، وجب أن يكون قد سمع الإيجاب أو بلغه، فإذا كان سماع الإيجاب واجباً في حالة التوجه إلى شخص غير معين، فهو أوجب إذا توجه الموجب إلى شخص معين. ولم نعثر في المذاهب الأخرى على رأي معارض.

فإذا كان سماع المتعاقد الآخر للإيجاب ضروريًا في التعاقد بين الغائبين، فهل إذا رجع الموجب في إيجابه يكون سماع المتعاقد الآخر للرجوع ضروريًا كذلك؟ يقرر صاحب **«البدائع»** أولاً حق الموجب في الرجوع عن إيجابه في التعاقد بين الغائبين، أي في التعاقد بالكتابة أو بالرسالة، فيقول (٥/ ١٣٨): «ولو كتب شطر العقد ثم رجع، صح رجوعه، لأن الكتاب لا يكون فوق الخطاب ولو خاطب ثم رجع قبل قبول الآخر صح رجوعه، فههنا أولى. كذا لو أرسل رسولاً ثم رجع، لأن الخطاب بالرسالة لا يكون فوق المشافهة، وذا محتمل للرجوع فههنا أولى». ثم

يعالج مسألة العلم بالرجوع، فلا ينظر في هذا إلى المتعاقد الآخر، بل إلى الرسول، فلا يشترط علمه، ويفرق في ذلك بينه وبين الوكيل، فيقول (٥/ ١٣٨): «وسواء علم الرسول رجوع المرسل أو لم يعلم به، بخلاف ما إذا وكل إنساناً ثم عزله بغير علمه، لا يصح عزله، لأن الرسول يحكي كلام المرسل وينقله إلى المرسل إليه، فكان سفيراً ومعبراً محضاً، فلم يشترط علم الرسول بذلك، أما الوكيل فإنما يتصرف عن تفويض الموكل إليه، فشرط علمه بالعزل صيانة له عن التغرير». وهذا ما يقرره أيضاً الشلبي في تعليقه على «**الزيلعي**» (٤/ ٤): «قوله: حتى يعتبر مجلس أدائها أي ويصح رجوعه عن ذلك بعد ما كتب وبعد ما أرسل قبل قبول الآخر، سواء علم الرسول أو لم يعلم، بخلاف ما إذا عزل الوكيل بغير علمه فإنه لا ينعزل». أما صاحب «**فتح القدير**» فيواجه المتعاقد الآخر نفسه، لا الرسول، فيقرر في صراحة أنه لا يشترط علمه بالرجوع، ويقول في هذا الصدد ما يأتي (٥/ ٧٩): «هذا ويصح رجوع الكاتب والمرسل عن الإيجاب الذي كتبه وأرسله قبل بلوغ الآخر وقبوله، سواء علم الآخر أو لم يعلم، حتى لو قبل الآخر بعد ذلك لا يتم البيع، بخلاف ما لو وكل بالبيع ثم عزل الوكيل قبل البيع فباع الوكيل، فإنه ما لم يعلم الوكيل بالعزل قبل البيع فبيعه نافذ». النص إذن صريح في أن رجوع الموجب عن إيجابه، في التعاقد بين الغائبين، لا يشترط فيه حتى ينتج أثره أن يسمعه المتعاقد الآخر أو أن يبلغه، حتى لو قبل بعد رجوع الموجب لا يتم العقد ولو لم يعلم بهذا الرجوع. ومن ذلك نرى أن الفقه الإسلامي ليس فيه نص يقرر بوجه عام أن التعبير عن الإرادة لا ينتج أثره إلا في الوقت الذي يتصل فيه بعلم من وجه إليه. بل هو إذا اشترط في التعاقد بين الحاضرين، علم القابل بالإيجاب وعلم الموجب بالقبول، وإذا اشترط، في التعاقد بين الغائبين، علم القابل بالإيجاب، فإنه فيما يبدو، لا يشترط علم الموجب بالقبول إذا كان غائباً، ولا يشترط أيضاً علم القابل برجوع الموجب إذا كانا غائبين، وإذا كانا حاضرين فهناك خلاف في اشتراط هذا العلم. أما القانون المدني المصري فإنه يقرر بوجه عام أن التعبير عن الإرادة لا ينتج أثره إلا من وقت العلم به، إذ تنص المادة (٩١) من هذا القانون على ما يأتي: «ينتج التعبير عن الإرادة أثره في الوقت الذي يتصل فيه بعلم من وجه إليه، ويعتبر وصول التعبير قرينة على العلم به ما لم يقم الدليل على عكس ذلك»[١].

خيار القبول:

أما خيار القبول في التعاقد ما بين غائبين فلا يختلف عنه في التعاقد ما بين حاضرين. فللمتعاقد الآخر الذي بلغه الإيجاب بالكتابة أو بالرسالة خيار القبول، أي أن يقبل الإيجاب أو أن

---

(١) وينبني على ذلك أن القبول ذاته في القانون المدني المصري ـ وهو تعبير عن الإرادة ـ لا ينتج أثره إلا من وقت علم الموجب به، فيتم العقد بالعلم بالقبول لا بإعلان القبول كما قدمنا. وينبني على ذلك أيضاً أن القبول لا يكون له أثر، ولا يتم به العقد، إذا وصل عدول عنه إلى الموجب قبل أن يصله القبول ذاته أو في الوقت الذي وصل إليه.

أما في الفقه الإسلامي فلا يتصور العدول عن القبول بعد إعلانه، ما دام العقد بين الغائبين يتم بإعلان القبول دون أن يشترط علم الموجب به كما تقدم القول.

يرفضه، وذلك في مجلس العقد وهو مجلس بلوغ الكتاب أو أداء الرسالة كما قدمنا. فإذا انفض المجلس سقط الإيجاب ولا يصح للمتعاقد الآخر أن يقبل بعد ذلك، على أنه إذا كان الإيجاب بالكتابة، وقرأ المتعاقد الآخر الكتاب ولم يجب حتى انفض المجلس، ثم أعاد قراءته في مجلس آخر وقبل، تمّ العقد، لأن الكتاب باقٍ وتكون قراءته في المجلس الثاني بمثابة ما لو تكرر الإيجاب، وقد تقدم ذكر ذلك. ويجوز أن يكون القبول بالكتابة إذا كان الإيجاب بالكتابة، بشرط أن يكتب القبول في مجلس بلوغ الكتاب بالإيجاب حيث يتم العقد. قال «**ابن عابدين**» (٤/ ١٤ ـ ١٥): «قلت: ويكون بالكتابة من الجانبين، فإذا كتب اشتريت عبدك فلاناً بكذا، فكتب إليه البائع: قد بعت، فهذا بيع كما في «**التتارخانية**».

خيار المجلس:

وإذا قبل المتعاقد الآخر في مجلس بلوغ الكتاب أو أداء الرسالة، فليس له بعد ذلك خيار المجلس على القول الذي اخترناه في التعاقد ما بين الحاضرين، ولأن الحديث الذي يستند إليه القائلون بخيار المجلس يقتصر على التعاقد ما بين الحاضرين إذ يفترض أنهما لم يتفرقا.

المطلب الثالث

حالات خاصة في إبرام العقد

حالات ثلاث:

ذكر القانون المدني المصري، وعلى أثره القانون المدني السوري، والقانون المدني العراقي، حالات خاصة في إبرام العقد تقتضي مزيداً من النظر.

ونختار من هذه الحالات ثلاثاً، لنرى حكم الفقه الإسلامي، وهي:

أولاً: عقد المزاد (Contrat aux enchères).

ثانياً: عقد الإذعان (Contrat d'adhésion).

ثالثاً: العربون (Les arrhes).

١ ـ عقد المزاد

نصوص التقنينات المدنية العربية:

تنص المادة (٩٩) من التقنين المدني المصري على أنه: «لا يتم العقد في المزايدات إلا برسو المزاد، ويسقط العطاء بعطاء يزيد عليه لو كان باطلاً». وتنص المادة ١٠٠ من التقنين المدني السوري على أنه: «لا يتم العقد في المزايدات بالإحالة القطعية، ويسقط العطاء بعطاء يزيد عليه ولو كان باطلاً». وتنص المادة (٨٩) من التقنين المدني العراقي على أنه: «لا يتم العقد في المزايدات إلا برسو المزايدة، ويسقط العطاء بعطاء أزيد ولو وقع باطلاً أو بإقفال المزايدة دون أن ترسو على أحد، هذا مع عدم الإخلال بالأحكام الواردة في القوانين الأخرى». وتنص المادة (٩٩) من التقنين المدني للمملكة الليبية المتحدة على أنه: «لا يتم العقد في المزايدات إلا برسو المزاد،

ويسقط العطاء بعطاء يزيد عليه ولو كان باطلاً».

ونرى من ذلك أن نصوص التقنينات المدنية العربية في هذه المسألة متماثلة، بل هي في بعض هذه التقنينات متطابقة تطابقاً تامًا[١]، ومن ثم تكون أحكامها جميعاً واحدة.

ويمكن تلخيص هذه الأحكام، نقلاً عن **«الوسيط»**[٢] على الوجه الآتي: «هناك عقود تتم في بعض الأحيان لا من طريق الممارسة، بل من طريق المزايدة. وأهم هذه العقود البيع والإيجار. فالبيع الجبري عن طريق القضاء أو عن طريق الإدارة يتم بالمزاد. وكذلك البيوع التي تجريها المحاكم الحسبية. وقد يقع البيع الاختياري كذلك بطريق المزاد إذا اختار البائع هذا الطريق. وكثيراً ما تؤجر الجهات الحكومية ووزارة الأوقاف أراضي وعقارات بطريق المزاد».

«ويعنينا في العقود التي تتم بالمزايدة أن نعرف متى يتم الإيجاب ومتى يتم القبول. فقد يظن أن طرح الصفقة في المزاد هو الإيجاب والتقدم بالعطاء هو القبول. وليس هذا صحيحاً، فإن طرح الصفقة في المزاد لا يعدو أن يكون دعوة إلى التعاقد عن طريق التقدم بعطاء، والتقدم بعطاء هو الإيجاب. أما القبول فلا يتم إلا برسو المزاد، ويكون هو إرساء المزاد على من يرسو عليه. وهذا هو الذي جرى عليه القضاء المصري في ظل القانون القديم، فقد كان يعتبر التقدم بعطاء إيجاباً لا قبولاً . . .

«وأكد هذا المبدأ القانون الجديد بنص صريح. فقضت المادة (٩٩) بما يأتي: لا يتم العقد في المزايدات إلا برسو المزاد، ويسقط العطاء بعطاء يزيد عليه ولو كان باطلاً. والعطاء يكون باطلاً إذا صدر مثلاً من شخص لا يجوز له التعاقد في الصفقة المطروحة في المزاد، كقاض يتقدم بعطاء في مزاد لبيع عين متنازع عليها إذا كان نظر النزاع يقع في اختصاصه. ويكون قابلاً للإبطال إذا صدر مثلاً من قاصر أو محجور عليه. فإذا بطل العطاء في الحالين لم يبطل أثره وهو إسقاط العطاء الذي تقدمه».

ويترتب على ما سقناه من **«الوسيط»** المبادىء الآتية:

أولاً: في بيع المزاد ـ ولنفرض التعاقد بيعاً ـ الإيجاب ليس هو طرح الصفقة في المزاد، وإنما هو التقدم بعطاء، والقبول هو إرساء المزاد على متقدم بعطاء. وبإرساء المزاد يتم البيع لمن رسا عليه المزاد، لو تقدم بعد ذلك شخص آخر بعطاء أكبر.

ثانياً: من تقدم بعطاء، اعتبر عطاؤه إيجاباً كما قدمنا. وهو هنا إيجاب ملزم، لأن ظروف الحال تدل على أن من تقدم بعطاء أراد أن يتقيد به ولا يرجع عنه. ويبقى مقيداً بعطائه إلى أن

(١) لم يرد في تقنين الالتزامات اللبناني نص على عقد المزاد، ولكن المادة (٤٦٤) من هذا التقنين قضت بأن دعوى العيوب الخفية لا محل لها في البيوع التي يكون إجراؤها بأمر من القضاء. وهذه البيوع القضائية تقع عادة بطريق المزاد العلني، فهذا حكم من أحكام بيع المزاد القضائي ذكره التقنين اللبناني. وهو بند متفق مع سائر التقنينات العربية في بقية الأحكام.

(٢) (١/ ٢٢٦ ـ ٢٢٨).

يسقط هذا العطاء بعطاء أزيد على الوجه الذي قدمناه، أو حتى تنتهي جلسة المزاد دون أن يرسي عليه المزاد أمّا إذا أرسى عليه المزاد في الجلسة فقد تم البيع على ما ذكرنا.

ثالثاً: العطاء اللاحق يسقط العطاء السابق. فمن تقدم بعطاء يزيد على عطاء سابق يسقط بعطائه هذا العطاء السابق، ويبقى عطاؤه اللاحق هو العطاء القائم. ويلاحظ أن التقدم بعطاء هو تعبير عن إرادة تتجه لإحداث أثر قانوني، فهو إذن تصرف قانوني، ولكن العطاء اللاحق إنما يسقط العطاء السابق، لا باعتباره تصرفاً قانونيًا، بل باعتباره واقعة مادية. ومن ثم يسقط العطاء اللاحق العطاء السابق، حتى لو كان العطاء اللاحق باطلاً، كعطاء يتقدم به قاض في بيع عين متنازع عليها ويقع نظر النزاع في اختصاصه، أو كان قابلاً للإبطال، كعطاء يصدر من قاصر أو محجور عليه.

رابعاً: لا يتحتم إرساء المزاد على من يتقدم بأكبر عطاء، وإن كان هذا هو المفروض ما لم يشترط خلافه. فقد يشترط صاحب السلعة أن من حقه ألا يرسي المزاد حتى على من يتقدم بأكبر عطاء، لأن هذا العطاء لا يجزيه في السلعة، أو لأنه لا يحب التعامل مع صاحب أكبر عطاء، أو لأي سبب آخر يذكره، أو لغير ما سبب يبديه. وقد يشترط أن من حقه أن يرسي المزاد على أي شخص يتقدم بعطاء يختاره، ولو كان عطاؤه لا يزيد على عطاء غيره، أو يقل عنه، مع إبداء السبب، أو دون إبداء سبب ما.

هذه هي خلاصة المبادىء التي يقررها الفقه الغربي الحديث في عقد المزاد. فلننظر أين يقف الفقه الإسلامي من هذه المبادىء.

الفقه الإسلامي يقر «بيع من يزيد»:

يقر الفقه الإسلامي بيع المزاد، ويسميه «بيع من يزيد». جاء في **«البدائع»** (٥/ ٢٣٢ ـ ٢٣٣) في صدد التمييز بين بيع المستام» وهو مكروه «وبيع من يزيد» وهو غير مكروه ما يأتي:

«... ومنها (أي من البياعات المكروهة) بيع المستام على سوم أخيه، وهو أن يساوم الرجلان، فطلب البائع بسلعته ثمناً ورضي المشتري بذلك الثمن، فجاء مشتر آخر ودخل على سوم الأول فاشتراه بزيادة أو بذلك الثمن، لما روي عن رسول الله ﷺ أنه قال: «لا يستام الرجل على سوم أخيه، ولا يخطب على خطبة أخيه»، وروي: «لا يسوم الرجل على سوم أخيه». والنهي لمعنى في غير البيع وهو الإيذاء، فكان البيع مشروعاً فيجوز شراؤه ولكنه يكره. وهذا إذا جنح البائع للبيع بالثمن الذي طلبه المشتري الأول. فإن كان لم يجنح له فلا بأس لثاني أن يشتريه، لأن هذا ليس استياماً على سوم أخيه فلا يدخل تحت النهي، لانعدام معنى الإيذاء أيضاً، بل هو بيع من يزيد، وأنه ليس بمكروه، لما روي أن رسول الله ﷺ باع قدحاً وحلساً له ببيع من يزيد، وما كان رسول الله ﷺ ليبيع بيعاً مكروهاً». وجاء في **«الزيلعي»** (٤/ ٦٧): «وكذا السوم إنما يكره فيما إذا جنح قلب البائع إلى البيع بالثمن الذي سمّاه المشتري: وأما إذا لم يجنح قلبه ولم يرضه، فلا بأس بغيره أن يشتريه بأزيد، لأن هذا بيع من يزيد. وقد قال أنس أنه عليه السلام باع قدحاً وحلساً فيمن يزيد، رواه أحمد والترمذي. ولأنه بيع الفقراء والحاجة ماسة إليه». وجاء في **«فتح القدير»** (٥/ ٢٣٩ ـ ٢٤١): «ونهى عن السوم. وهو أن يتراضيا بثمن يقع الركون به، فيجيء آخر فيدفع للمالك

أكثر أو مثله غير أنه رجل وجيه، فيبيعه منه لوجاهته. وأما صورة البيع على بيع أخيه أن يتراضيا على ثمن سلعة، فيجيء آخر فيقول: أنا أبيعك مثل هذه السلعة بأنقص من هذا الثمن، فيضر بصاحب السلعة. فظهر تصوير البيع على بيع أخيه والسوم على سوم أخيه، والوارد فيهما حديثان. فلا حاجة إلى جعل لفظ البيع في قوله ﷺ: «لا يبيع أحدكم على بيع أخيه، جامعاً للبيع والشراء مجازاً، إنما يحتاج إلى ذلك لو لم يرد حديث الاستيام... ولا بأس ببيع من يزيد، وهو صفة البيع الذي في أسواق مصر المسمى بالبيع في الدلالة، لأنه ﷺ باع قدحاً وحلساً ببيع من يزيد. روى أصحاب السنن الأربعة من حديث أنس بن مالك رجلاً من الأنصار أتى النبي ﷺ يسأله، فقال له: «أما في بيتك شيء»، قال: بلى حلس نلبس بعضه ونبسط بعضه، وقعب نشرب فيه الماء، قال: «ائتني بهما»، فأتاه بهما، فأخذهما رسول الله ﷺ وقال: «من يشتري هذين»، فقال رجل أنا آخذهما بدرهم، فقال: «من يزيد على درهم مرتين أو ثلاثاً»، فقال رجل: أنا بدرهمين، فأعطاهما إياه، وأخذ الدرهمين فأعطاهما الأنصاري. وقال: «اشتر بأحدهما طعاماً فانبذه إلى أهلك، واشتر بالآخر فأساً فأتني به»، فأتاه به فشد فيه رسول الله ﷺ عوداً بيده، ثم قال: «اذهب فاحتطب وبع ولا أرينك خمسة عشر يوماً، فذهب الرجل يحتطب ويبيع، فجاء وقد أصاب عشرة دراهم، فاشترى ببعضها ثوباً وببعضها طعاماً، فقال رسول الله ﷺ: هذا خير لك من أن تجيء المسألة نكتة في وجهك يوم القيامة»[١].

---

(١) وجاء في «**مختصر الطحاوي**» (٨٤): «ولا ينبغي أن يسوم الرجل على سوم أخيه إذا جنح البائع إلى بيعه».
وجاء في «**المهذب**» للشيرازي (١/ ٢٩١): «ويحرم أن يبيع على بيع أخيه، وهو أن يجيء إلى من اشترى شيئاً في مدة الخيار فيقول: افسخ إني أبيعك أجدد منه بهذا الثمن أو أبيعك مثله بدون هذا الثمن؟ لما روى أبو هريرة رضي الله عنه أن النبي ﷺ قال: لا يبيع الرجل على بيع أخيه... ويحرم أن يدخل على سوم أخيه وهو أن يجيء إلى رجل أنعم لغيره في بيع سلعة بثمن فيزيده ليبيع منه، أو يجيء إلى المشتري فيعرض عليه مثل السلعة بدون ثمنها أو بذلك الثمن، لما روى أبو هريرة رضي الله عنه أن النبي ﷺ قال: «لا يخطب الرجل على خطبة أخيه، ولا يسم على سوم أخيه»... وأما إذا عرضت السلعة في النداء، جاز لمن شاء أن يطلبها ويزيد في ثمنها». جاء في «**الشرح الكبير**» على متن «**المقنع**» (٤/ ٤٢ ـ ٤٣). «وروى مسلم عن أبي هريرة أن النبي ﷺ قال: «لا يسم الرجل على سوم أخيه». ولا يخلو من أربعة أقسام: **أحدها**: أن يوجد من البائع تصريح بالرضا بالبيع، فهذا يحرم السوم على غير ذلك المشتري، وهو الذي تناوله النهي. **والثاني**: أن يظهر منه ما يدل على عدم الرضا، فلا يحرم السوم لأن النبي ﷺ باع فيمن يزيد... **والثالث**: أنه لا يوجد منه ما يدل على الرضا، ولا عدمه فلا يحرم السوم أيضاً ولا الزيادة. استدلالاً بحديث فاطمة بنت قيس حين ذكرت له أن معاوية وأبا جهم خطباها فأمرها أن تنكح أسامة، وقد نهى عن الخطبة على خطبة أخيه كما نهى عن السوم على سوم أخيه فما أبيح في أحدهما أبيح في الآخر. **والرابع**: أن يظهر منه ما يدل على الرضا بغير تصريح، فقال القاضي: لا تحرم المساومة. وذكر أن أحمد نص عليه في الخطبة استدلالاً بحديث فاطمة، ولأن الأصل إباحة السوم والخطبة فحرم منه ما وجد فيه التصريح بالرضا وما عداه يبقى على الأصل. قال شيخنا: ولو قيل بالتحريم ههنا لكان وجهاً حسناً، فإن النهي عام خرجت منه الصورة المخصوصة بأدلتها، فتبقى هذه الصورة على مقتضى العموم، ولأنه وجد منه دليل على الرضا أشبه ما لو صرح به، ولا يضر اختلاف الدليل بعد التساوي في الدلالة، وليس في حديث فاطمة ما يدل على الرضا لأنها جاءت مستشيرة

ونرى من هذه النصوص أنه يجب التمييز بين «بيع المستام» و«بيع من يزيد» فالأول مكروه والثاني جائز. وبيع المستام على صورتين: إما أن يزايد المشتري على المشتري بعد أن تم البيع على ثمن معلوم، وإما أن ينافس البائع البائع بعد أن تم البيع فيعرض المنافس على المشتري سلعة أجود بمثل الثمن أو سلعة مماثلة بأنقص من الثمن. وفي هاتين الصورتين يلاحظ أن البيع قد تم، ولكن لا يزال للبائع الخيار في الصورة الأولى، أو للمشتري الخيار في الصورة الثانية. والخيار هنا قد يكون خيار مجلس أو خيار شرط. وقد يكون البيع لم يتم على وجه بات، ولكن كلا من المتعاقدين ركن إلى الآخر. وهمّا بإتمام البيع، فيدخل المستام بينهما. أما إذا عرض البائع سلعته في السوق ليأخذها من يرغب فيها عن طريق المزايدة، فهذا بيع من يزيد، وهو جائز كما رأينا. ويختلف عن بيع المستام في أن المزايدة إنما تكون قبل أن يتم البيع، فيتنافس المشترون في شراء السلعة، ويقع البيع عادة لمن يعرض الثمن الأعلى. وهذا بيع الفقراء أو بيع من كسدت تجارته، كما جاء في النصوص. وهو أيضاً، في العصر الحاضر، بيع الحكومة والأشخاص المعنوية العامة والمحاكم الحسبية في أموال القصر والمحجورين والبيع الجبري عن طريق القضاء.

الإيجاب والقبول في «بيع من يزيد»:

والظاهر أيضاً من نصوص الفقه الإسلامي في «بيع من يزيد» أن الإيجاب في هذا البيع هو التقدم بعطاء، وأن القبول هو إرساء المزاد على المتقدم بالعطاء، وأن صاحب السلعة مخير في أن يمسك سلعته أو أن يرسي المزاد فيها، وذلك حتى ينقضي مجلس المناداة. ثم إن من يتقدم بعطاء يلزمه هذا العطاء ولا يستطيع الرجوع فيه، والخيار للبائع. جاء في **«الحطاب»** (٤/ ٢٣٧): وأما بيع المزايدة، فقال ابن رشد في **«رسم القطعان»** من سماع أصبغ من كتاب الجعل والإجارة: الحكم فيه أن كل من زاد في السلعة لزمته بما زاد فيها إن أراد صاحبها أن يمضيها له، ما لم يسترد سلعته فيبيع بعدها أخرى، أو يمسكها حتى ينقضي مجلس المناداة». ويؤخذ من هذا النص أن من زاد في السلعة، أي من تقدم بعطاء فيها، يكون هو الذي أوجب العقد. ويلتزم بإيجابه، فلا يستطيع

للنبي ﷺ، وليس ذلك دليلاً على الرضا وكيف ترضى وقد نهاها النبي ﷺ بقوله: «لا تفوتينا بنفسك» فلم تكن تفعل شيئاً قبل مراجعة النبي ﷺ؛ والحكم في الفساد كالحكم في البيع على بيع أخيه في الوضع الذي حكمنا بالتحريم فيه». وجاء في **«النيل»** (٢/ ٨): «نهى لضرر عن سوم رجل على سوم أخيه وعن بيعه كذلك، وإن بتأخير أو خلاف ثمن الأول أو لغيره بخلافه أو بإقالة أو تولية، وعن تلقي الركبان، وعن بيع حاضر لباد، وعن احتكار، وعن النجش لغبن فيها، وعن غش وخديعة. فالبيع في الكل ثابت عندنا، والفاعل عاص، واستحسن الخيار لمشتر في بعض. ولا بأس بسوم أو بيع على مشرك ومن لا يصلح منه بيع. قيل: وعلى غير متولي. وقيل: النهي خاص بغير الأسواق ومحال المناداة للمبايعة». وجاء في **«البحر الزخار»** (٣/ ٢٩٣ و٢٩٦): «ونهى رسول الله ﷺ... عن السوم على السوم، والبيع على البيع بعد التراضي، لقوله ﷺ: «لا يبيعن أحدكم على بيعة أخيه»؛ الخبر، ولا إفساد هنا في الأصح إذ لا غرر.

انظر أيضاً **«البحر الرائق»** (٦/ ٩٩ ـ ١٠٠) **«حاشية العدوي»** على شرح أبي الحسن لـ **«رسالة القيرواني»** (٢/ ١٧٣ و١٧٤) ـ **«تنذير الحوالك»** في **«شرح موطأ مالك»** (٢/ ١٧٠ و١٧١).

الرجوع فيه. ويكون صاحب السلعة بالخيار إن أراد قبل الإيجاب وأمضى الصفقة. أما إذا استرد سلعته، وباع بعدها أخرى، ولو قبل انقضاء مجلس المناداة، أو أمسك السلعة ولم يصدر منه قبول حتى انقضى مجلس المناداة، فالظاهر أن البيع لا ينعقد، وأن الإيجاب ذاته يسقط بانقضاء مجلس المناداة.

على أنه يصح أن يكون عرف الأسواق قد جرى على أن العطاء في بيع المزاد يبقى ملزماً لصاحبه دون أن يرسو عليه المزاد حتى بعد انقضاء مجلس المناداة.

ويكون الفرق بين بيع المزايدة وبيع المساومة في هذه الحالة أن المشتري يلزمه البيع بعد الافتراق في بيع المزايدة، بخلاف بيع المساومة فإنه لا يلزمه بعد الافتراق إذ يكون الإيجاب قد سقط بانفضاض مجلس العقد.

وهذا كله يرجع للعرف إذا سكت المتعاقدان، أو للاتفاق إذا اتفقا على شيء في ذلك. فيلزم صاحب العطاء البيع بعد انقضاء المجلس في مسألة العرف بمقدار ما جرى به العرف، وفي مسألة الاتفاق بمقدار الوقت الذي تم عليه الاتفاق. أما إذا تعارض الاتفاق مع العرف فإن الاتفاق هو الذي ينسخ العرف. فلو كان العرف يقضي بأن يبقى صاحب العطاء ملتزماً بعد انقضاء مجلس المناداة، ولكنهما اتفقا على أن الالتزام لا يبقى إلا ببقاء المجلس، كان الاتفاق مقدماً على العرف. وفي كل هذا يقول «**الحطاب**» (٤/ ٢٣٧): «ثم نقل عن ابن حبيب ما يقتضي أن للبائع أن يلزم المشتري بعد الافتراق في بيع المزايدة، بخلاف بيع المساومة فإنه لا يلزمه بعد الافتراق. وذكر عن المازري أنه رد التفرقة المذكورة بأن ذلك كعرف جرى بينهم. ونص ابن حبيب إن فارق المشتري البائع في بيع المساومة دون إيجاب لم يلزمه بعد ذلك. بخلاف بيع المزايدة يلزمه ما أعطى بعد الافتراق لأن المشتري إنما فارقه في المزايدة على أنه استوجب البيع. قال المازري: لا وجه للتفرقة إلا الرجوع للعوائد. ولو شرط المشتري إنما يلتزم الشراء في الحال قبل المفارقة، أو شرط البائع لزومه له أو أنه بالخيار في أن يعرضها على غيره أمداً معلوماً أو في حكم معلوم، لزم الحكم في بيع المساومة والمزايدة اتفاقاً، وإنما افترقا للعادة، حسبما علل به ابن حبيب الفرق بينهما. قال المازري: وإنما نبهت على هذا لأن بعض القضاة ألزم بعض أهل الأسواق بيع المزايدة بعد الافتراق، وكانت عادتهم الافتراق على غير إيجاب، اغتراراً بظاهر قول ابن حبيب وحكاية غيره، فنهيته عن هذا لأجل مقتضى عوائدهم. قال ابن عرفة قلت: والعادة عندنا اللزوم ما لم يطل زمن المبايعة، حسبما تقرر قدر ذلك عندهم. والأمر واضح إن بَعُد والسلعة ليست في يد المبتاع. فإن كانت بيده وموقوفة ففيه نظر، والأقرب اللزوم، كقولها: إن بَعُد زمنٌ من مضى أيام الخيار والسلعة في يد البائع والخيار للمبتاع، ألاَّ حق فيها للمبتاع. إلا أن عرفنا في بيع المزايدة أنه لا يتم العقد ولو طال مكثها بيد المبتاع إلا بنص إمضائه ا هـ. فتحصل من كلام ابن رشد والمازري وابن عرفة في بيع المزايدة أن كل من زاد في السلعة فلربما أن يلزمه إياها بما زاد إلا أن يسترد البائع سلعته ويبيع بعدها أخرى، أو يمسكها حتى ينقطع مجلس المناداة، إلا أن يكون العرف اللزوم بعد الافتراق أو يشترط ذلك البائع، فيلزم المشتري الشرط البيع بعد الافتراق في مسألة العرف بمقدار

ما جرى به العرف وفي مسألة في الأيام المشروطة وبعدها بقرب ذلك على مذهب المدونة. فإن شرط المشتري أنه لا يلزم البيع إلا ما دام في المجلس، فله شرطه ولو كان العرف بخلافه».

العطاء اللاحق يسقط العطاء السابق في «بيع من يزيد»:

والظاهر أن هناك قولين في مذهب مالك في هذا الصدد: قولاً يذهب إلى أن من تقدم بعطاء يلتزم به، ولا يسقط عطاؤه حتى لو زاد عليه غيره. فيبقى عطاؤه قائماً ملزماً: وكذلك ينتقل اللزوم لمن تقدم بالعطاء الأعلى مع مشاركة الأول له في هذا اللزوم لمن تقدم بالعطاء الأعلى مع مشاركة الأول في هذا اللزوم. ويكون لصاحب السلعة أن يلزم أيًا من المزايدين بعطائه. وذهب الأبياني إلى القول الآخر. فمن تقدم بعطاء ثم زاد عليه غيره، سقط العطاء السابق بالعطاء اللاحق، ويبقى العطاء اللاحق وحده هو القائم الملزم. وهذا القول هو الذي يتفق مع الفقه الغربي على النحو الذي بسطناه.

وقد أورد «**الحطاب**» (٤/ ٢٣٧) هذين القولين على الوجه الآتي: «وقال ابن رشد في المذهب إذا وقع النداء على السلعة، وأعطى فيها ثمناً لزمه والخيار للبائع، فإن زاد عليه غيره، انتقل اللزوم الثاني. وإن لم يزد عليه أحد، فللبائع أخذه بذلك ما لم تطل غيبته. ورأيت للأبياني أن الشراء لا يلزمه إذا زاد عليه غيره اهـ. ونحوه في «**اللباب**» إلا أنه لم يذكر كلام الأبياني. والظاهر أنه يريد بقوله: انتقل اللزوم للثاني، أي مع مشاركة الأول له في اللزوم أيضاً كما تقدم في كلام ابن رشد، بدليل أنه جعل كلام الأبياني مخالفاً له، فتأمله والله أعلم. وما ذكره عن الأبياني رأيته في مسائل السمسرة له، وهو كتاب مفيد نحو كراس. وظاهر كلام ابن رشد أن المذهب ما قاله ابن رشد، ولم يذكر ابن عرفة غير كلام ابن رشد. . . وتحصل أيضاً أن بيع المزايدة يلزم كل من زاد في السلعة ولو زاد غيره عليه، خلافاً للأبياني. وقد جرى العرف في مكة وكثير من البلاد على ما قاله الأبياني. وظاهر ما تقدم عن ابن رشد أن لربها أن يلزم كل من زاد، ولو كان العرف بخلافه. وجرت العادة أيضاً بمكة أن من رجع بعد الزيادة لا يلزمه شيء ما دام في المجلس، وهذا والله أعلم مبني على القول بخيار المجلس كما هو مذهب الشافعي والله أعلم».

لا يتحتم إرساء المزاد على من يتقدم بأكبر عطاء في «بيع من يزيد»:

والأصل في بيع المزاد أن يرسي صاحب السلعة المزاد على من يتقدم بأكبر عطاء. ذلك أنه إنما اختار أن يبيع سلعته في المزاد لكي يحصل فيها على أعلى ثمن. ولكن يجوز مع ذلك أن يرسي صاحب السلعة المزاد على عطاء أقل لأسباب مختلفة منها أنه قد يثق في صاحب العطاء الأقل ومنها أنه قد لا يثق في صاحب العطاء الأكبر، أو لأنه لا يحب معاملته. وظاهر أن هذا الحكم يتفق مع قول من يذهب بإلزام صاحب العطاء وإن زاد غيره عليه، فيختار صاحب السلعة أي عطاء شاء، ولو كان الأقل، لأن صاحب هذا العطاء يبقى ملزماً بعطائه فلا يسقط بالعطاء الأعلى. أما من يقول بسقوط العطاء السابق بالعطاء اللاحق فلا يتسع له إرساء المزاد على عطاء أقل، إذ يكون صاحبه قد تحلل من عطائه بالعطاء الأعلى، وقد رأينا أن هذا القول الأخير هو مذهب الفقه الغربي، وإنما يتحقق في الفقه الغربي إرساء المزاد على صاحب العطاء الأقل إذا

جرى المزاد لا بالمناداة، بل بالطريقة المعروفة «بالمظاريف»، فيتقدم المزايد بعطائه في «مظروف» مقفل. وفي اليوم المعين تفتح «مظاريف» المزايدين، ويرسي المزاد عادة على صاحب أكبر عطاء، إلا أنه يجوز لسبب من الأسباب التي قدمناها إرساء المزاد على عطاء أقل.

ويورد «**الحطاب**» (٤/ ٢٣٧) الحكم القاضي بجواز إرساء المزاد على العطاء الأقل على الوجه الآتي:

«وهو (أي صاحب السلعة) مخير في أن يمضيها لمن يشاء ممن أعطى فيه (أي في مجلس المناداة)، وإن كان غيره قد زاد عليه. وهذا الذي أحفظ في هذا من قول الشيخ أبي جعفر بن رزق. وهو صحيح في المعنى، لأن من حق صاحب السلعة أن يقول لمن أراد أن يلزمه إياها، إن أبى وقال: بعها ممن زادك، أنا لا أحب معاملة الذي زادني، وليس طلبي الزيادة وإن وجدتها إبراء مني إليك ا هـ. ونقله ابن عرفة في الكلام على بيع الشخص على بيع أخيه من البيوع المنهي عنها».

ولا بد من إرساء صاحب السلعة المزاد على عطاء معين حتى يتم البيع لصاحب هذا العطاء. ولكنه متى أرسى المزاد، فلا يجوز له الرجوع بعد ذلك، حتى لو تقدم مزايد آخر بعد إرساء المزاد بعطاء أكبر. فإذا لم يرس صاحب السلعة المزاد على عطاء معين، أو فوض الأمر في هذا العطاء للدلال دون أن يقبله أو يرفضه، ونوى الدلال البيع لصاحب العطاء، ولكن قبل أن يكشف له عن إرادته تقدم مزايد آخر بعطاء أكبر، جاز إرساء المزاد على صاحب العطاء الأكبر، لأن نية الدلال في إرساء المزاد على صاحب العطاء الأقل لم يكشف له عنها، ولا يلزم البيع بالنية. قال «**الحطاب**» (٤/ ٢٣٧): «قال ابن رشد في المذهب: ولو أوقف المنادي السلعة بثمن على التاجر، وشاور صاحبها فأمره بالبيع، ثم زاد غيره عليها، فهي للأول، قاله الأبياني ا هـ. قلت: ما ذكره عن الأبياني هو في مسائل السمسرة له، وزاد فيها فقال: وسواء ترك السمسار الثوب عند التاجر أو كان في يده وجاء به إلى ربه، فقال له ربه: بعه، ثم زاد تاجر آخر، إنه للأول. قال: وأما لو قال له رب الثوب لما شاوره: اعمل فيه برأيك، فرجع السمسار ونوى أن يبيعه، فزاد فيه تاجر آخر، فإنه يعمل فيه برأيه ويقبل الزيادة إن شاء، ولا يلزم البيع بالنية ا هـ. قلت: وهذا إذا لم تحصل الزيادة إلا بعد مشاورة ربه وأمره السمسار بالبيع. وأما لو زاده فيه شخص قبل مشاورة رب السلعة، فقد تقدم في «**التنبيه**» السابع عن مالك من رواية ابن القاسم أنه يخبر رب السلعة بالزيادة، ولم يرَ ذلك من السوم على سوم أخيه لأن النهي عن ذلك إنما هو مع الركون وصاحب السلعة هنا غائب لا يعلم إن كان يميل إلى البيع بذلك الثمن أم لا. وقد كره في سماع أشهب الزيادة، وقال: بئسما صنع. إلا أنه أجاز للوكيل أن يخبر بالزيادة صاحب السلعة». وجاء في «**الفتاوى الهندية**» (٣/ ٢١٠ ـ ٢١١) في هذا المعنى ما يأتي: «ولا بأس ببيع من يزيد، وهو بيع الفقراء وبيع من كسدت بضاعته، والاستيام على سوم الغير مكروه. والفرق بين المزايدة وبين الاستيام على سوم الغير أن صاحب المال إذا كان ينادي على سلعته، فطلبها إنسان بثمن، فكف عن النداء وركن إلى ما طلب منه ذلك الرجل، فليس للغير أن يزيد في ذلك، وهذا استيام على سوم الغير. وإن لم يكف عن

النداء، فلا بأس لغيره أن يزيد، ويكون هذا بيع المزايدة ولا يكون استياماً على سوم الغير. وإن كان الدلال هو الذي ينادي على السلعة، وطلبها إنسان بثمن، فقال الدلال: حتى أسأل المالك، فلا بأس للغير أن يزيد بعد ذلك في هذه الحالة. فإن أخبر الدلال المالك، فقال: بعه بذلك واقبض الثمن، فليس لأحد أن يزيد بعد ذلك. وحاصل ما تقدم أن الدلال إذا ركن للعطاء ثم زاد آخر جاز، وإذا ركن الدلال للعطاء وفوض رب السلعة الأمر له ونوى البيع ولكن زاد آخر جاز، فإذا ركن الدلال للعطاء وقبل رب السلعة ثم زاد آخر لم يجز.

النجش:

ويحدث في «بيع من يزيد» أن يتواطأ صاحب السلعة مع مزايد صوري، يدفعه للمزايدة في السلعة حتى يعلي ثمنها، ولا يقصد المزايد الصوري شراء السلعة، وإنما أراد رفع ثمنها خدمة لصاحبها. وهذا ما يسمّى بالنجش. ويميز الفقه الإسلامي في النجش بين حالتين. (١) إن كان الناجش إنما تواطأ مع صاحب السلعة لرفع ثمنها عن قيمتها الحقيقية تضليلاً للمزايدين، فهذا بيع مكروه حكمه حكم بيع المستام. (٢) أما إن كانت السلعة لم تصل في المزاد إلى مثل ثمنها، فنجشها رجل حتى تبلغ ثمنها، فهذا ليس بمكروه وإن كان الناجش لا يريد شراءها. جاء في **«البدائع»** (٥/ ٢٣٣): «ومنها النجش، وهو أن يمدح السلعة ويطلبها بثمن، ثم لا يشتريها بنفسه ولكن ليسمع غيره فيزيد في ثمنها، وأنه مكروه، لما روي عن رسول الله ﷺ أنه نهى عن النجش، ولأنه احتيال للإضرار بأخيه المسلم. وهذا إذا كان المشتري يطلب السلعة من صاحبها بمثل ثمنها. فأما إذا كان يطلبها بأقل من ثمنها، فنجش رجل سلعة حتى تبلغ إلى ثمنها، فهذا ليس بمكروه وإن كان الناجش لا يريد شراءها». وجاء في **«فتح القدير»** (٥/ ٢٣٩): «ونهى رسول الله ﷺ عن النجش، وهو أن يزيد في الثمن ولا يريد الشراء ليرغب غيره بعد ما بلغت قيمتها، فإنه تغرير للمسلم ظلماً. فأما إذا لم تكن بلغت قيمتها، فزاد القيمة لا يريد الشراء، فجائز، لأنه نفع مسلم من غير إضرار بغيره إذا كان شراء الغير بالقيمة». وجاء في **«البحر الرائق»** (٦/ ٩٩): «والنجش بفتحتين ويروى بالسكون أن تسام السلعة بأزيد من ثمنها وأنت لا تريد شراءها ليراك الآخر فيقع فيه... وأصله من نجش الصيد وهو إثارته، كذا في المغرب. وفي القاموس النجش إن تواطىء رجلاً إذا أراد بيعاً أن تمدحه، أو أن يريد الإنسان أن يبيع بياعة فتساومه بها بثمن كثير لينظر إليك ناظر فيقع فيها، أو أن تنفر الناس عن الشيء إلى غيره...» وقيده أصحابنا كما في **«الجوهرة»** بما إذا كانت السلعة بلغت قيمتها. أما إذا لم تبلغ فلا منع منه لأنه نفع للمسلم من غير إضرار بأحد»[١].

واختلفت المذاهب في حكم النجش الممنوع، وهل يفسد البيع أو لا يفسده، فأهل الظاهر يذهبون إلى أن البيع فاسد. والمالكية على أن النجش كالعيب، فيكون المشتري بالخيار إن شاء رد السلعة إلى صاحبها وإن شاء أمسكها، والحنفية والشافعية على أن البيع صحيح، ولكنه مكروه فيأثم

---

(١) انظر أيضاً في هذا المعنى: **«الزيلعي»** (٤/ ٦٧) - **«ابن عابدين»** (٤/ ١٨٢) - **«البحر الزخار»** (٣/ ٢٩٦).

كل من البائع والناجش. ويؤصل ابن رشد في **«بداية المجتهد»** (٢/ ١٣٦) هذا الخلاف على النحو الآتي: «واختلفوا إذا وقع هذا البيع. فقال أهل الظاهر هو فاسد. وقال مالك: هو كالعيب، والمشتري بالخيار إن شاء أن يرد رد، وإن شاء أن يمسك أمسك. وقال أبو حنيفة والشافعي: إن وقع أثم، وجاز البيع، وسبب الخلاف هل يتضمن النهي فساد المنهي وإن كان النهي ليس في نفس الشيء، بل من خارج؟ فمن قال: يتضمن فسخ البيع ولم يجزه، ومن قال: ليس يتضمن، أجازه. والجمهور على أن النهي إذا ورد لمعنى في المنهي عنه، أنه يتضمن الفساد، كالنهي عن الربا والغرر. وإذا ورد الأمر من خارج، لم يتضمن الفساد. ويشبه أن يدخل في هذا الباب نهيه عليه الصلاة والسلام عن بيع الماء، لقوله عليه الصلاة والسلام في بعض ألفاظه أنه نهى عن بيع فضل الماء ليمنع به الكلأ». وفي مذهب الإباضية قولان: أحدهما أن يكون الخيار للمشتري، والآخر وهو القول المختار أن يكون البيع صحيحاً ويثبت الإثم والعصيان ووجوب التنصل والتوبة. جاء في **«النيل»** (٢/ ٩): «نهى عن النجش، وهو الزيادة في ثمن سلعة ممن لا يريد شراءها، ليوقع غيره فيها، وعصى به وإن كانت لغيره. واستحسن الخيار للمشتري، إن كانت للنجش أو اتفق مع ربها ولم يعلم. والمختار لزوم البيع مطلقاً، وثبوت العصيان ووجوب التنصل والتوبة». وعند المالكية لا يكون الخيار للمشتري إلا إذا دس البائع الناجش، فإن كان الناجش «أجنبيًّا»، فلا شيء على البائع، ولا يفسخ البيع، والإثم على من فعل ذلك.

وللنجش صورة عكسية، هي أن يتفق المشتري - لا البائع - مع من ينافسه في شراء السلعة أن يكف عن منافسته، فلا يتقدم للمزايدة عليه، وقد يكون ذلك في مقابل جعل يعطيه إياه. فإن كان المشتري قد اتفق مع جميع من ينافسه أو أكثرهم حتى يكفوا عن منافسته، وحتى ينفرد بالتقدم لشراء السلعة فينزل من ثمنها ما يشاء، أو اتفق معهم على ألا يزيدوا على ثمن معين، كان للبائع الخيار في إمضاء الصفقة أو فسخها. فإن فسخ استرد السلعة، وإن فاتته استرد الأكثر من القيمة أو الثمن على حكم الغش والخديعة في البيع. وإن أمضى البيع، فالمشتري ومن تواطأ معهم في الكف عن المزايدة شركاء جميعاً في الصفقة، زادت السلعة أو نقصت أو تلفت. وإن كان المشتري لم يتفق مع جميع المنافسين أو أكثرهم، بل اتفق مع واحد أو القليل منهم، كان البيع لازماً ولم يكن للبائع الخيار. ثم إن المشتري إن كان قد جعل لمن سأله الكف عن المنافسة عوضاً من غير السلعة المبيعة، لزمه هذا العوض. أما لو كان الكف بعوض من السلعة المبيعة ذاتها، فإن كان على وجه الشركة بين المشتري ومن سئل الكف عن المنافسة جاز، وإن كان على وجه العطاء مجاناً لم يجز جاء في **«شرح الخرشي»** و**«حاشية العدوي»** (٥/ ٨٧٣) في هذا المعنى ما يأتي:

«وجاز سؤال البعض ليكف عن الزيادة - هذا إذا كان السؤال بغير عوض أو بعوض من غير السلعة المبيعة، كما لو قال كف عني ولك دينار، ويلزمه الدينار اشتراها أو لا. . . وأما لو كان بعوض من السلعة، كما لو قال: كف عني ولك بعضها، فإن كان على وجه الشركة جاز، وإن كان على وجه العطاء مجاناً لم يجز - لا الجميع، أي وجاز لحاضر سوم سلعة يريد شراءها سؤال البعض من الحاضرين للسوم ليكف عن الزيادة فيها ليشتريها السائل برخص، وليس له سؤال الجميع أو الأكثر، والواحد الذي كالجماعة من كونه مقتدى به كالجميع. فإن وقع سؤال الجميع

ومن في حكمهم، وثبت ببينة أو إقرار، خير البائع، في قيام السلعة، وفي ردها وعدمه. وإن فاتت فله الأكثر من القيمة أو الثمن على حكم الغش والخديعة في البيع. فإن أمضى بيعها، فهم فيها شركاء بتواطئهم على ترك الزيادة، وزادت أو نقصت أو تلفت. ومن حق المبتاع منهم أن يلزمهم الشركة إن نقصت أو تلفت، ومن حقهم أن يلزموه ذلك إن زادت وكان فيها ربح».

(انظر أيضاً في النجش وفي السوم على سوم آخر «**المحلى**» لابن حزم (٨/ ٤٤٧ ـ ٤٤٩).

٢ ـ عقد الإذعان

نصوص التقنينات المدنية العربية:

تنص المادة (١٠٠) من التقنين المدني المصري على أن «القبول في عقود الإذعان يقتصر على مجرد التسليم بشروط مقررة، يضعها الموجب، ولا يقبل مناقشة فيها». وتنص المادة (١٤٩) من هذا التقنين على أنه: «إذا تم العقد بطريق الإذعان، وكان قد تضمن شروطاً تعسفية، جاز للقاضي أن يعدل هذه الشروط أو أن يعفي الطرف المذعن منها، وذلك وفقاً لما تقضي به العدالة. ويقع باطلاً كل اتفاق على خلاف ذلك». ثم تنص المادة (١٥١) من هذا التقنين أيضاً على أنه: «١ ـ يفسر الشك في مصلحة المدين». «٢ ـ ومع ذلك لا يجوز أن يكون تفسير العبارات الغامضة في عقود الإذعان ضارًا بمصلحة الطرف المذعن».

والتقنين المدني السوري يطابق التقنين المدني المصري في جميع هذه النصوص (انظر المواد: (١٠١ و١٥٠ و١٥٢) من التقنين المدني السوري). وكذلك الأمر في التقنين المدني الليبي (انظر المواد: (١٠٠ و١٤٩ و١٥٣) من التقنين المدني للملكة المتحدة الليبية ـ وانظر أيضاً المادتين (١٥٠ و١٥١) من هذا التقنين).

وقد جمع التقنين المدني العراقي جميع الأحكام المتقدمة في نص واحد، هو المادة (١٦٧) ونصها يطابق نصوص التقنين المدني المصري المتقدمة الذكر.

وقد عرف تقنين الالتزامات اللبناني في الفقرة الثانية من المادة (١٧٢) عقد الإذعان على النحو الذي جاء به التقنين المدني المصري في المادة (١٠٠) سالفة الذكر.

ونرى من ذلك أن نصوص التقنينات المدنية العربية في هذه المسألة، كما هي في عقد المزاد، متماثلة بل هي متطابقة، فتكون أحكامها جميعاً واحدة.

عقد الإذعان في الفقه الغربي الحديث:

ونلخص هذه الأحكام، كما لخصنا أحكام عقد المزاد، نقلاً عن «**الوسيط**» (١/ ٢٢٩ ـ ٢٣٦) على الوجه الآتي:

عقد الإذعان لا يكون إلا في دائرة معينة تحددها الخصائص الآتية:

١ ـ تعلق العقد بسلع أو مرافق تعتبر من الضروريات بالنسبة إلى المستهلكين أو المنتفعين.

٢ ـ احتكار الموجب لهذه السلع أو المرافق احتكاراً قانونيًا أو فعليًا، أو على الأقل سيطرته عليها سيطرة تجعل المنافسة فيها محدودة النطاق.

٣ ـ صدور الإيجاب إلى الناس كافة وبشروط واحدة وعلى نحو مستمر أي لمدة غير محددة. ويغلب أن يكون في صيغة مطبوعة تحتوي على شروط مفصلة لا تجوز فيها المناقشة وأكثرها لمصلحة الموجب، فهي تارة تخفف من مسؤوليته العقدية، وأخرى تشدد في مسؤولية الطرف الآخر، وهي في مجموعها من التعقيد بحيث يغمم فهمها على أوساط الناس. وأمثلة هذه العقود كثيرة: فالتعاقد مع شركات النور والماء والغاز، ومع مصالح البريد والتلغراف والتليفون. وعقد النقل بوسائله المختلفة من سكك حديدية وكهربائية وبواخر وسيارات وطيارات وغير ذلك، والتعاقد مع شركات التأمين بأنواعه المتعددة. وعقد العمل في الصناعات الكبرى، كل هذا يدخل في دائرة عقود الإذعان. ومن ثم نرى أن القبول في هذه العقود وهو كما قدمنا إذعان. فالموجب يعرض إيجابه في شكل بات نهائي لا يقبل مناقشة فيه، فلا يسع الطرف الآخر إلا أن يقبل إذ لا غنى له عن التعاقد. فهو محتاج إلى الماء والنور والغاز، كثيراً ما تعرض له حاجة إلى الاتصال بالناس عن طريق التراسل، لا بد له من التنقل والسفر في بعض الأحايين، وهو مضطر إلى العمل ليكسب ما يقوم بأوده.

وقد انقسم الفقهاء في طبيعة عقود الإذعان إلى مذهبين رئيسيين. فبعضهم يرى أن عقود الإذعان ليست عقوداً حقيقية، ويذهب فريق آخر إلى أنها لا تختلف عن سائر العقود. أما الفريق الأول ـ وهم قلة من فقهاء القانون المدني وكثرة من فقهاء القانون العام ـ فينكرون على عقود الإذعان صيغتها التعاقدية، إذ أن العقد توافق إرادتين عن حريّة واختيار، أما هنا فالقبول مجرد إذعان ورضوخ. فعقد الإذعان أقرب إلى أن يكون قانوناً أخذت شركات الاحتكار الناس باتباعه، فيجب تفسيره كما يفسر القانون، ويراعى في تطبيقه مقتضيات العدالة وحسن النية، وينظر فيه إلى ما تستلزمه الروابط الاقتصادية التي وضع لتنظيمها. ويرى الفريق الثاني ـ وهم الكثرة من فقهاء القانون المدني ـ أن عقد الإذعان عقد حقيقي يتم بتوافق إرادتين، ويخضع للقواعد التي تخضع لها سائر العقود. ومهما قيل من أن أحد المتعاقدين ضعيف أمام الآخر، فإن هذه ظاهرة اقتصادية لا ظاهرة قانونية، وعلاج الأمر لا يكون بإنكار صفة العقد على عقد حقيقي، ولا بتمكين القاضي من تفسير هذا العقد كما يشاء بدعوى حماية الضعيف، فتضطرب المعاملات وتفقد استقرارها، بل إن العلاج الناجع هو تقوية الجانب الضعيف حتى لا يستغله الجانب القوي. ويكون ذلك بإحدى وسيلتين أو بهما معاً: الأولى وسيلة اقتصادية فيجتمع المستهلكون ويتعاونون على مقاومة التعسف من جانب المحتكر، والثانية وسيلة تشريعية فيتدخل المشرع ـ لا القاضي ـ لينظم عقود الإذعان.

وقد تذرع التقنين المدني المصري الجديد بالوسيلة الثانية، فجعل الحماية تشريعية. ونظم بنصوص خاصة عقد التزام المرافق العامة وعقد العمل وعقد التأمين. وأتى بنصوص عامة لتنظيم عقود الإذعان كافة. فنصت المادة (١٤٩) على أنه: «إذا تم العقد بطريق الإذعان، وكان قد تضمن شروطاً تعسفية، جاز للقاضي أن يعدل هذه الشروط أو أن يعفي الطرف المذعن منها، وذلك وفقاً

لما تقضي به العدالة، ويقع باطلاً كل اتفاق على خلاف ذلك». وهذا النص في عمومه وشموله أداة قوية في يد القاضي يحمي بها المستهلك من الشروط التعسفية التي تفرضها عليه شركات الاحتكار. والقاضي هو الذي يملك حق تقدير ما إذا كان الشرط تعسفيًا، فإذا كشف شرطاً تعسفيًا في عقد إذعان فله أن يعدله بما يزيل أثر التعسف، بل له أن يلغيه ويعفي الطرف المذعن منه، ولم يرسم المشرع له حدوداً في ذلك إلا ما تقتضيه العدالة. ولا يجوز للمتعاقدين أن ينزعا من القاضي سلطته هذه باتفاق خاص على ذلك، فإن مثل هذا الاتفاق يكون باطلاً لمخالفته للنظام العام، ولو صح للجأت إليه شركات الاحتكار وجعلته شرطاً مألوفاً في عقودها. ونصت المادة (١٥١) على ما يأتي: «١ ـ يفسر الشك في مصلحة المدين». ٢ ـ ومع ذلك لا يجوز أن يكون تفسير العبارات الغامضة في عقود الإذعان ضارًا بمصلحة الطرف المذعن». وقد ورد في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في هذا الصدد ما يأتي: «ويراعى من ناحية أخرى أن الأصل يفسر الشك في مصلحة المدين عند غموض عبارة التعاقد غموضاً لا يتيح زواله. وقد استثنى المشرع من حكم هذا الأصل عقود الإذعان فقضى أن يفسر الشك فيها لمصلحة العاقد المذعن، دائناً كان أو مديناً، فالمفروض أن العاقد الآخر، وهو أقوى العاقدين، يتوافر له من الوسائل ما يمكنه من أن يفرض على المذعن عند التعاقد شروطاً واضحة بينة، فإذا لم يفعل ذلك أخذ بخطأه أو تقصيره وحمل تبعته، لأنه يعتبر متسبباً في هذا الغموض من وجه».

عقد الإذعان في الفقه الإسلامي:

ولا ننتظر أن نجد في الفقه الإسلامي ما نراه في الفقه الغربي الحديث في صدد عقد الإذعان. فإن النظم الاقتصادية قد تطورت تطوراً كبيراً، وأصبحنا في النظم الاقتصادية الحاضرة نعرف شركات الاحتكار للمرافق العامة وللسلع الضرورية، ونعرف معها شركات الغاز والنور والكهرباء والمواصلات والنقل والتأمين والمصانع الكبرى التي تحتكر العمل والعمال وغير ذلك. ثم لا ننسى أن فكرة عقد الإذعان في الفقه الغربي لم تنبثق إلا منذ عهد قريب.

ولكن الجوهري في كل ذلك هو، كما قدمنا، ألا يحتكر الشخص سلعة ضرورية، فيغلي من سعرها، ويبيعها للناس على ما يريد، فتذعن الناس لإرادته، وترضخ للسعر الذي يفرضه، لحاجتها الشديدة إلى هذه السلعة، وذلك أيًا كان النظام الاقتصادي القائم. وفي النظم الاقتصادية التي كانت قائمة وقت تكوّن الفقه الإسلامي، لم يقصر فقهاء المسلمين في وضع الأسس العامة التي تمنع الاحتكار، وتضرب على أيدي المحتكرين، وترفع الضرر عن الناس من جراء ما ندعوه الآن في الفقه الغربي بعقود الإذعان.

كره الفقه الإسلامي ـ في مختلف مذاهبه ـ الاحتكار بوجه عام، ثم تعقبه في صورتين من صوره التي كانت مألوفة وقت ذاك: في بيع متلقي السلع وفي بيع الحاضر للبادي. فنورد النصوص والأحكام في كل من هذه المسائل الثلاث:

الاحتكار:

جاء في **«الفتاوى الهندية»** (٣/ ٢١٣ ـ ٢١٤) في مذهب الحنفية: «الاحتكار مكروه، وذلك

أن يشتري طعاماً في مصر ويمتنع من بيعه، وذلك يضر بالناس، كذا في «**الحاوي**». وإن اشترى في ذلك المصر وحبسه، ولا يضر بأهل المصر، لا بأس به، كذا في «**التتارخانية**» ناقلاً عن التجنيس. وإذا اشترى من مكان قريب من المصر فحمل طعاماً إلى المصر وحبسه، وذلك يضر بأهله، فهو مكروه هذا قول محمد رحمه الله تعالى وهو إحدى الروايتين عن أبي يوسف رحمه الله تعالى وهو المختار، هكذا في الغياثية. وإن اشترى طعاماً في مصر وجلبه إلى مصر آخر واحتكر فيه، فإنه لا يكره، هكذا في «**المحيط**». وكذلك لو زرع أرضه وادخر طعامه فليس بمحتكر، كذا في «**الحاوي**». ولكن الأفضل أن يبيع ما فضل عن حاجته إذا اشتدت حاجة الناس إليه، كذا في «**التتارخانية**» ناقلاً عن المضمرات. وإذا قلت المدة لا يكون احتكاراً وإذا طالت المدة يكون احتكاراً، وعن أصحابنا أنهم قدروا الطويلة بالشهر. فما دونه قليل. ثم يقع التفاوت في الاحتكار بين أن يتربص للغلاء وبين أن يتربص للقحط، فوبال الثاني أعظم من وبال الأول. وفي الجملة التجارة في الطعام غير محمودة، كذا في «**المحيط**». والاحتكار في كل ما يضر بالعامة في قول أبي يوسف رحمه الله تعالى، وقال محمد رحمه الله تعالى: الاحتكار بما يتقوت به الناس والبهائم، كذا في «**الحاوي**». قال محمد رحمه الله تعالى للإمام أن يجبر المحتكر على البيع إذا خاف الهلاك على أهل المصر، ويقول للمحتكر: بع بما يبيع الناس وبزيادة يتغابن الناس في مثلها، كذا في «**فتاوى قاضيخان**»، ولا يسعر بالإجماع، إلا إذا كان أرباب الطعام يتحملون ويتعدون عن القيمة وعجز القاضي عن صيانة حقوق المسلمين إلا بالتسعير، فلا بأس به بمشورة أهل الرأي والبصر، هو المختار، وبه يفتي، كذا في «**الفصول العمادية**». فإن سعر، فباع الخباز بأكثر مما سعر، جاز بيعه، كذا في «**فتاوى قاضيخان**». ومن باع منهم بما قدر الإمام من الثمن، جاز بيعه، كذا في «**التتارخانية**». وإذا رفع أمر المحتكر إلى الحاكم، فالحاكم يأمره ببيع ما فضل عن قوته وقوت أهله على اعتبار السعة، وينهاه عن الاحتكار، فإن انتهى فبها ونعمت، وإن لم ينته ورفع الأمر إلى القاضي مرة أخرى وهو مصر على عادته، وعظه وهدده، فإن رفع إليه مرة أخرى حبسه وعزره على ما يرى. ذكر القدوري في شرحه: وإذا خاف الإمام الهلاك على أهل المصر؛ أخذ الطعام من المحتكرين وفرق بين المحاويج، فإذا وجدوا ردوا مثله، وهذا صحيح، كذا في المحيط. وفي «**المضمرات**»: وهل ينبغي للقاضي أن يبيع على المحتكر طعامه من غير رضاه، قيل: هو على الاختلاف، وقيل: يبيع بالاتفاق: في الملتقط لو خيف الهلاك على الناس، أمر الجالب أن يبيع مثل ما أمر المحتكر، كذا في «**التتارخانية**».

ويخلص مما نقلناه عن «**الفتاوى الهندية**» الأحكام الآتية: (١) الاحتكار مكروه. (٢) ويعد احتكاراً أن يشتري طعاماً ـ أو أية سلعة أخرى يضر احتكارها بالعامة في قول أبي يوسف ـ في مصر أو من مكان قريب من المصر، ويتربص به مدة طويلة، تقدر بما لا يقل عن الشهر، للغلاء أو للقحط وهو أشد وبالاً ويبيعه للناس على ما يريد. (٣) ولا يعد احتكاراً أن يشتري في مصر ويجلب السلعة إلى مصر آخر، وكذلك لو زرع أرضه أو ادخر طعامه فليس بمحتكر، وإن كان الأفضل أن يبيع ما فضل عن حاجته إذا اشتدت حاجة الناس إليه. (٤) وللإمام في منع الاحتكار المكروه وسيلتان: أولاهما أن يسعر السلعة بمشورة أهل الرأي والبصر، ولكن التسعير لا يلزم

البائع، فإذا باع بأكثر مما سعر الإمام جاز بيعه، وإنما التسعير لتبصير الناس بالسعر المعقول. والوسيلة الأخرى أن يجبر المحتكر على البيع بما يبيع الناس وبزيادة يتغابن الناس في مثلها، وقيل: ينهى المحتكر عن الاحتكار مرتين ثم يعزر بالحبس في المرة الثالثة.

والمالكية يمنعون الاحتكار. جاء في «**المدونة الكبرى**» (١٠/ ١٢٣): «قال: وسمعت مالكاً يقول: الحكرة في كل شيء في السوق، من الطعام والزيت والكتان وجميع الأشياء والصوف وكل ما أضر بالسوق... قال مالك: يمنع من يحتكره... قال؛ فإن كان ذلك لا يضر بالسوق، قال مالك: فلا بأس بذلك... قال: سألت مالكاً عن أهل الريف إذا احتاجوا إلى ما في الفسطاط من الطعام، فيأتون ويشترون من الفسطاط، فأراد أهل الفسطاط أن يمنعوهم قالوا: هذا يغلي علينا ما في أسواقنا أترى أن يمنعوا»، قال مالك: لا أرى أن يمنعوا من ذلك إلا أن يكون ذلك مضرًا بالفسطاط، فإن كان ذلك مضرًا بهم وعند أهل القرى ما يحملهم منعوا من ذلك، وإلا تركوا. قال: فأرى القرى التي فيها الأسواق بمنزلة الفسطاط». وجاء في «**القوانين الفقهية**» لابن جزي (٢٥٥ ـ ٢٥٦): «لا يجوز التسعير على أهل الأسواق، ومن زاد في سعر أو نقص منه أمر بإلحاقه بسعر الناس فإن أبى أخرج من السوق. ولا يجوز احتكار الطعام إذا أضر بأهل البلد، واختلف هل يجبر الناس في الغلاء على إخراج الطعام أم لا. ولا يخرج الطعام من بلد إلى غيره إذا أضر بأهل البلد. ومن جلب طعاماً خلى بينه وبينه، فإن شاء باعه وإن شاء احتكره».

وعند الشافعية الاحتكار حرام. وقيل: مكروه. والاحتكار عندهم في الطعام دون غيره ـ. ويكون إذا ابتاع في وقت الغلاء وأمسك ليزداد الثمن، أما إذا ابتاع في وقت الرخص أو جاءه من ضيعته طعام فأمسكه ليبيعه إذا غلا فلا يحرم ذلك لأنه في معنى الجالب. جاء في «**المهذب**» (١/ ٢٩٢): «ويحرم الاحتكار في الأقوات، وهو أن يبتاع في وقت الغلاء ويمسكه ليزداد في ثمنه. ومن أصحابنا من قال: يكره ولا يحرم وليس بشيء، لما روى عمر رضي الله عنه قال: قال رسول الله ﷺ: الجالب مرزوق، والمحتكر ملعون. وروى معمر العدوي قال: قال رسول الله ﷺ: لا يحتكر إلا خاطىء، فدل على أنه حرام. فأما إذا ابتاع في وقت الرخص، أو جاءه من ضيعته طعام، فأمسكه ليبيعه إذا غلا، فلا يحرم ذلك، لأنه في معنى الجالب، وقد روى عمر رضي الله عنه أن النبي ﷺ قال الجالب: مرزوق والمحتكر ملعون وروى أبو الزناد قال: قلت لسعيد بن المسيب: بلغني عنك أنك قلت: إن رسول الله ﷺ قال: «لا يحتكر بالمدينة إلا خاطىء، وأنت تحتكر»، قال: ليس هذا الذي قال رسول الله ﷺ، وإنما قال رسول الله ﷺ: «أن يأتي الرجل السلعة عند غلائها فيغالي بها، فإما أن يأتي الشيء وقد اتضع فيشتريه ثم يضعه، فإن احتاج الناس إليه أخرجه، فذلك خير. وأما غير الأقوات فيجوز احتكاره، لما روى أبو أمامة رضي الله عنه، قال: «نهى رسول الله ﷺ أن يحتكر الطعام، فدل على أن غيره يجوز ولأنه لا ضرر في احتكار غير الأقوات فلم يمنع منه». ويلاحظ ما عند الشافعية من تمييز حسن ما بين الجالب ـ وهو من يشتري في الرخص ويبيع في الغلاء وهذا شأن التجار ينفعون وينتفعون، فيكون رزقهم حلالاً ـ وبين المحتكر، وهو من يأتي السلعة عند غلائها فيغالي بها وهذه هي المضاربة الممقوتة. قال النبي ﷺ: الجالب مرزوق، والمحتكر ملعون.

والحنابلة كالشافعية يحرمون الاحتكار ويجعلونه في الطعام دون غيره، ويميزون بين الجالب وهو مرزوق والمحتكر وهو ملعون. وهم يقيدون الاحتكار المحرم بشروط ثلاثة: (١) أن يكون المحتكر قد اشترى الطعام ليحتكره. فلو جلب شيئاً أو أدخل من غلته شيئاً فادخره، لم يكن محتكراً، لأن الجالب لا يضيق على أحد ولا يضر به بل ينفع. (٢) أن يكون ما اشتراه قوتاً للإنسان، فأما الأدام والحلواء والعسل والزيت وأعلاف البهائم فليس فيها احتكار محرم. (٣) أن يضيق على الناس بشرائه، ولا يحصل ذلك إلا بأمرين أن يكون في بلد يضيق بأهله الاحتكار، وأن يكون في حال الضيق والغلاء لا في حال الاتساع والرخص (**«المغني»** ٤/ ٢٨٢ ـ ٢٨٣).

---

(١) وهذا ما جاء في **«المغني»** (٤/ ٢٨٢ ـ ٢٨٣): والاحتكار حرام لما روى: عن سعيد بن المسيب أن رسول الله ﷺ قال: «من احتكر فهو خاطىء»، روي أن عمر بن الخطاب رضي الله عنه خرج مع أصحابه فرأى طعاماً كثيراً قد ألقي على باب مكة، فقال: ما هذا الطعام؟ فقالوا: جلب إلينا، فقال: بارك الله فيه وفيمن جلبه. فقيل له: فإنه قد احتكر، قال: ومن احتكره؟ قالوا: فلان مولى عثمان وفلان مولاك، فأرسل إليهما فقال: ما حملكما على احتكار طعام المسلمين، قالا نشتري بأموالنا ونبيع، قال: سمعت رسول الله ﷺ يقول: «من احتكر على المسلمين طعامهم لم يمت حتى يضربه الله بالجذام أو الإفلاس». قال الراوي: فأما مولى عثمان فباعه وقال: والله لا أحتكره أبداً وأما مولى عمر فلم يبعه فرأيته مجذوماً. . . والاحتكار المحرم ما اجتمع فيه ثلاثة شروط **أحدها**: أن يشتري، فلو جلب شيئاً أو أدخل من غلته شيئاً فادخره، لم يكن محتكراً، روي عن الحسن ومالك. وقال الأوزاعي: الجالب ليس بمحتكر لقوله: «الجالب مرزوق والمحتكر ملعون» ولأن الجالب لا يضيق على أحد ولا يضر به بل ينفع، فإن الناس إذا علموا عنده طعاماً معداً للبيع كان ذلك أطيب لقلوبهم من عدمه. **الثاني**: أن يكون المشترى قوتاً، فأما الأدام والحلواء والعسل والزيت وأعلاف البهائم فليس فيها احتكار محرم. قال الأثرم: سمعت أبا عبد الله يسأل عن أي شيء الاحتكار؟ قال: إذا كان من قوت الناس فهو الذي يكره، وهذا قول عبد الله بن عمرو. وكان سعيد بن المسيب، وهو راوي حديث الاحتكار يحتكر الزيت. قال أبو داود كان يحتكر النوى والخيط والبزر، ولأن هذه الأشياء مما لا تعم الحاجة إليها فأشبهت الثياب والحيوانات. **الثالث**: أن يضيق على الناس بشرائه، ولا يحصل ذلك إلا بأمرين: **أحدهما**: أن يكون في بلد يضيق بأهله الاحتكار كالحرمين والثغور، قال أحمد: الاحتكار في مثل مكة والمدينة والثغور، فظاهر هذا أن البلاد الواسعة الكثيرة المرافق والجلب كبغداد والبصرة ومصر، لا يحرم فيها الاحتكار، لأن ذلك لا يؤثر فيها غالباً. **الثاني**: أن يكون في حال الضيق، بأن يدخل البلد قافلة فيتبادر ذوو الأموال فيشترونها ويضيقون على الناس. فأما إن اشتراه في حال الاتساع والرخص على وجه لا يضيق على أحد فليس بمحرم.

وجاء في **«الروض النضير»**، شرح **«مجموع الفقه الكبير»** (٣/ ٣٠٦ ـ ٣٠٨) في فقه الزيدية: «حدثني زيد بن علي عن أبيه عن جده عن علي عليهم السلام قال: «جالب الطعام مرزوق والمحتكر عاص ملعون»، قال زيد بن علي: لا احتكار إلا في الحنطة والشعير والتمر: **«الشرح»**. . . وفي **«المعتمد»** عن ابن عمر أن رسول الله ﷺ قال: «الجالب مرزوق والمحتكر محروم ومن احتكر على المسلمين طعاماً ضربه الله بالجذام والإفلاس. . . وفي الباب عن أبي هريرة: من احتكر يريد أن يغالي بها المسلمين فهو خاطىء وقد برىء الله منه. . . وظاهر الحديث يدل على تحريم الاحتكار مطلقاً، سواء كان في الأقوات أو في غيرها، وهو مذهب أبي يوسف فقال: كل ما أضر بالناس حبسه فهو احتكار وإن كان ذهباً أو ثياباً، وقال في **«النهاية»**: الاحتكار أن يأخذ الطعام ويحبسه ليقل فيغلو، والحكر والحكرة الاسم منه، وأصل الحكرة الجمع والإمساك. وحمل

بيع متلقي السلع:

أو الجلب أو الركبان. وهذا البيع صورة من صور الاحتكار. قال فيه صاحب «البدائع» (٥/ ٢٣٢): «ومنها (أي مما يكره من البياعات) بيع متلقي السلع. واختلف في تفسيره. قال بعضهم هو أن يسمع واحد خبر قدوم قافلة بميرة عظيمة، فيتلقاهم الرجل ويشتري جميع ما معهم من الميرة، ويدخل المصر فيبيع على ما يشاء من الثمن. وهذا الشراء مكروه، لما روي عن رسول الله ﷺ أنه قال: «لا تتلقوا السلع حتى تهبط الأسواق»، وهذا إذا كان يضر بأهل البلد، بأن كان أهله في جدب وقحط. فإن كان لا يضرهم فلا بأس ـ وقال بعضهم: تفسيره هو أن يتلقاهم فيشتري منهم بأرخص من سعر البلد، وهم لا يعلمون سعر البلد. وهذا أيضاً مكروه، سواء تضرر به أهل البلد أم لا، لأنه غرهم. والشراء جائز في الصورتين جميعاً، لأن البيع مشروع في ذاته، والنهي في غيره، وهو الإضرار بالعامة على التفسير الأول وتغرير أصحاب السلع على التفسير الثاني». وجاء في «الجوهرة النيرة» للحدادي في شرح «مختصر القدوري» (١/ ٢٠٦): «وصورة تلقي الجلب أن الرجل من أهل المصر، إذا سمع بمجيء قافلة معهم طعام، وأهل المصر في قحط وغلاء، فيخرج ويتلقاهم ويشتري منهم جميع طعامهم ويدخل به المصر ويبيعه على ما يريده من الثمن، ولو تركهم حتى دخلوا، باعوا على أهل المصر متفرقاً، توسع أهل المصر بذلك. وأما إذا كان اهل المصر لا يتضررون بذلك، فإنه لا يكره. وقال بعضهم: صورته أن يتلقاهم رجل من أهل المصر، فيشتري منهم بأرخص من سعر المصر وهم

الإمام عليه السلام الاحتكار على الثلاثة الأنواع (الحنطة والشعير والتمر) كما في الأصل، وإنما خصها بها لأنها عمدة أقوات الناس، وهو مذهب محمد بن الحسن. وذهب الهادوية والشافعية إلى أنه في قوت بني آدم مطلقاً، وألحقت الهادوية به قوت البهائم قياساً، وحجتهم ما في بعض الروايات من تقييد الاحتكار بالطعام. وقد اعترض بأنه لا تعارض في مثل ذلك بين المطلق والمقيد، والواجب عند الجمهور إعمال الحديثين كليهما، ويبقى المطلق على حاله والمقيد من جملة أفراده. ولا يقول بحمله على المقيد في هذه الصورة إلا أبو ثور، إلا أن ينظر إلى الحكمة المناسبة للتحريم وهي دفع الضرر عن عامة الناس، والأغلب في دفع الضرر عن العامة إنما يكون في القولين، فيقيد الإطلاق بالمناسب، وعليه يحمل ما روي عن بعض السلف من الاحتكار في غير الأقوات. وقد شرط أهل المذهب لتحريم الاحتكار شروطاً، منها أن يكون فاضلاً عن كفايته ومن يمونه سنة كاملة. . . وأن يكون متربصاً به الغلاء. . . وأن يكون مع حاجة الناس إليه لما عرف أن العلة في التحريم. . . ليس هو ذات الاحتكار بل لما يلحق الناس به من الضرر، قالوا: ولا فرق بين أن يكون الطعام من زرعه أو شرائه، من المصر أو من السواد، خلاف أبي حنيفة فيما كان من زرعه أو شرائه من السواد ولا وجه له. ومع عدم اجتماع الشروط المذكورة لا يحرم الاحتكار إذ لا مضرة، لكنه يكره إن لم يدخره للاقتيات».

وجاء في «البحر الزخار» (٣/ ٣١٩ ـ ٣٢٠) في فقه الزيدية أيضاً: «وإنما يحرم الاحتكار في الفاضل عن كفايته ومن يمون إلى الغلة، إذ كان رسول الله ﷺ يحتكر قوت السنة. فيجوز مثله، أو إلى الغلة إن لحق الجدب في بعض السنة. وإنما يحرم مع حاجة الناس إليه ولا يوجد إلا مع مثله، إذ لا إضرار مع خلاف ذلك، فيجبر على البيع، ولا يباع عنه. قيل: فإن تمرد فالحاكم، ويعزر المحتكر لعصيانه، ولا يفسد عقد من اشترى للاحتكار لما مر، وإذ لم يفسد عمر عقد مولاه ومولى عثمان، ولا يحرم احتكار غير ذلك إذ لا إضرار».

لا يعلمون بسعر أهل المصر، فالشراء جائز في الحكم، ولكنه مكروه لأنه غرهم، سواء تضرر به أهل المصر أولاً». وجاء في **«فتح القدير»** (٥/ ٢٤٠): «نهى رسول الله ﷺ أن تتلقى الركبان. . . وللتلقي صورتان: إحداهما: أن يتلقاهم المشترون للطعام منهم في سنة حاجة ليبيعوه من أهل البلد بزيادة. وثانيتهما: أن يشتري منهم بأرخص من سعر البلد وهم لا يعلمون بالسعر. ولا خلاف عند الشافعية أنه إذا خرج إليهم لذلك أنه يعصي، أما لو لم يقصد ذلك، بل اتفق أن خرج فرآهم فاشترى، ففي معصيته قولان: أظهرهما عنهم يعصي، والوجه لا يعصي إذا لم يُلَبِّسْ. وعندنا محمل النهي إذا كان يضر بأهل البلد أو لبس، أما إذا لم يضر ولم يلبس فلا بأس».

ويستخلص من هذه النصوص أن تلقي السلع أو الجلب أو الركبان قد يكون لأحد غرضين أو للغرضين معاً: إما لتغرير الركبان وهم لا يعلمون السعر فيشترون منهم بأرخص من سعر البلد، وهذه الحالة صورة من صور التدليس والتغرير. وإما لشراء الميرة كلها من القافلة، فتحتكر، ثم يبيعها المشترون على ما يريدون من الثمن فيضرون بأهل البلد، وهذه الحالة هي صورة من صور الاحتكار المنهي عنه، وقد تقدم بيان حكمه[1].

وعند المالكية خلاف في تأديب المتلقي وفي اشتراك أهل السوق معه. جاء في **«القوانين الفقهية»** لابن جزي (٢٥٩): «النوع الخامس: (من البيوعات الفاسدة) تلقي السلعة على ميل، وقيل: على فرسخين، وقيل: على مسيرة يوم فأكثر، قبل أن تصل إلى الأسواق. وهو لا يجوز لحق أهل الأسواق. فإن وقع، فاختلف في تأديب المتلقي وفي اشتراك أهل السوق معه. وقال الشافعي: إنما يمنع لحق صاحب السلعة، فهو بالخيار. وأجازه أبو حنيفة. ويتبين من هذا النص أن البيع من متلقي السلع جائز ولكنه منهي عنه عند أبي حنيفة، والبائع فيه بالخيار إذا أتى السوق وبان له أنه غبن عند الشافعي (انظر **«المهذب»** (١/ ٢٩٢)). ويعزر فيه المتلقي بل يباع عليه ليشترك معه أهل السوق في الصفقة التي استأثر بها على خلاف في الرأي عند مالك. وعند أحمد. وفي رواية البيع صحيح وللبائع الخيار كما عند الشافعي وهي الرواية الأصح، وفي رواية أخرى، البيع فاسد» جاء في **«المغني»** (٤/ ٢٨١ ـ ٢٨٢) فإن خالف وتلقى الركبان واشترى منهم، فالبيع صحيح في قول الجميع، قال ابن عبد البر. وحكي عن أحمد رواية أخرى: أن البيع فاسد، لظاهر النهي. والأول أصح، لأن أبا هريرة روى أن رسول الله ﷺ قال: «لا تلقوا الجلب، فمن تلقاه واشترى منه، فإذا أتى السوق فهو بالخيار، رواه مسلم، والخيار لا يكون إلا في عقد صحيح، ولأن النهي لا لمعنى في البيع بل يعود إلى ضرب من الخديعة يمكن استدراكها بإثبات الخيار. . . وقال: أصحاب الرأي لا خيار له. وقد روينا قول رسول الله ﷺ في هذا ولا قول لأحد مع قوله. وظاهر المذهب أنه لا خيار له إلا مع الغبن لأنه إنما ثبت لأجل الخديعة ودفع الضرر ولا ضرر مع عدم الغبن، وهذا ظاهر مذهب الشافعي. . . وقال أصحاب مالك: إنما نهى عن تلقي الركبان لما يفوت به من الرفق لأهل السوق لئلا يقطع عنهم

---

(١) انظر أيضاً في هذا المعنى **«الزيلعي»** (٤/ ٦٨)، **«البحر الرائق»** (٦/ ٩٩).

ما له جلسوا من ابتغاء فضل الله تعالى، قال ابن القاسم فإن تلقاها متلق فاشتراها، عرضت على أهل السوق فيشتركون فيها. وقال الليث بن سعد تباع في السوق. وهذا مخالف لمدلول الحديث فإن النبي ﷺ جعل الخيار للبائع إذا دخل السوق. ولم يجعلوا له خياراً، وجعل النبي ﷺ الخيار له يدل على أن النهي عن تلقي الركبان لحقه لا لحق غيره، ولأن الجالس في السوق كالمتلقي في أن كل واحد منهما مبتغ لفضل الله تعالى، فلا يليق بالحكمة فسخ عقد أحدهما وإلحاق الضرر به دفعاً عن مثله، وليس رعاية حق الجالس أولى من رعاية حق المتلقي. ولا يمكن اشتراك أهل السوق كلهم في سلعته، فلا يعرج على مثل هذا والله أعلم. ويلاحظ أن هذا كله هو حكم البيع الصادر إلى متلقي السلع إذا غر الركبان. أما حكم احتكاره للسلعة بعد شرائها فقد قدمناه عند الكلام في الاحتكار(١).

بيع الحاضر للبادي:

وهذا البيع صورة ثانية من صور الاحتكار. وقد اختلف في تصويره. فقال صاحب **«البدائع»** (٥/ ٢٣٢): «ومنها (أي مما يكره من البياعات) بيع الحاضر للبادي، وهو أن يكون لرجل طعام وعلف لا يبيعهما إلا لأهل البادية بثمن غال، لما روي عن رسول الله ﷺ أنه قال: «لا يبيع حاضر لبادٍ، دعوا الناس يرزق الله بعضهم من بعض». ولو باع جاز البيع، لأن النهي لمعنى في غير البيع وهو الإضرار بأهل المصر، فلا يوجب فساد البيع كالبيع وقت النداء. وهذا إذا كان ذلك يضر بأهل البلد بأن كان أهله في قحط من الطعام والعلف، فإن كانوا في خصب وسعة فلا بأس به لانعدام الضرر. ويؤيد هذا التصوير البابرتي على **«الهداية»** (هامش **«فتح القدير»** ٥/ ٢٤٠) إذ يقول: ونهى عليه الصلاة والسلام عن بيع الحاضر للبادي؛ فقال عليه الصلاة والسلام: «لا يبيع حاضر للبادي»: وصورته الرجل له طعام لا يبيعه لأهل المصر، ويبيعه من أهل البادية بثمن غال. فلا يخلو إما أن يكون أهل المصر في سعة لا يتضررون بذلك أو في قحط يتضررون. فإن كان الثاني فهو مكروه، وإن كان الأول فلا بأس بذلك. وعلى هذا تكون اللام للبادي بمعنى من. وقيل: في صورته نظراً إلى اللام أن يتولى المصري البيع لأهل البادية ليغالي في القيمة». وهذا التصوير الثاني الذي يشير إليه البابرتي في آخر العبارة هو التصوير الغالب. جاء في **«فتح القدير»** (٥/ ٢٤٠): «وقال الحلواني هو أن يمنع السمسار الحاضر القروي من البيع، ويقول له: لا تبع أنت، أنا أعلم بذلك منك. فيتوكل له، ويبيع، ويغالي. ولو تركه يبيع بنفسه، لرخص على الناس. وفي بعض الطرق زاد قوله ﷺ: «دعوا الناس يرزق الله بعضهم من بعض». وفي **«المجتبي»** هذا التفسير أصبح، ذكره في

---

(١) وجاء في **«الروض النضير»** (٣/ ٣٠٤): وظاهر إطلاق التلقي يعم المسافة القريبة والبعيدة، ويكون ابتداؤه خارج السوق الذي يباع فيه المجلوب. ويناسب كون التلقي إنما يعتبر من خارج السوق من جهة المعنى أنه موضع التغرير وجهالة سعر البلد، ولا تنكشف له الحقيقة إلا ببلوغه السوق؛ فلو فرض تقصيرهم عن طلب الحقيقة بعد بلوغهم إليه لم يضر إذ أتوا من أنفسهم. ولا بد أن يكون عالماً بالنهي عن التلقي، وأن يخرج قاصداً له، فإن خرج لشغل آخر فرآهم مقبلين فاشترى، ففيه تردد، إذ صيغة التلقي تشعر بالتكلف لفعله والقصد إليه، كما يقال تأمل وتفطن».

زاد الفقهاء لموافقته الحديث»[1]. وجاء في «**المهذب**» (١/ ٢٩١ ـ ٢٩٢): «ويحرم أن يبيع حاضر لباد، وهو أن يقدم رجل ومعه متاع يريد بيعه ويحتاج الناس إليه في البلد، فإذا باع اتسع وإذا لم يبع ضاق. فيجيء إليه سمسار، فيقول: لا تبع حتى أبيع لك قليلاً قليلاً، وأزيد في ثمنها». وجاء في «**المغني**» (٤/ ٢٨٠): «والمعنى في ذلك أنه متى تُرك البدوي يبيع سلعته، اشتراها الناس برخص ويوسع عليهم السعر، فإذا تولى الحاضر بيعها وامتنع من بيعها إلا بسعر البلد، ضاق على أهل البلد... أنه يحرم بثلاثة شروط: (**أحدها**): أن يكون الحاضر قصد البادي ليتولى البيع له. (**والثاني**): أن يكون البادي جاهلاً بالسعر... (**والثالث**): أن يكون قد جلب السلع للبيع... وذكر القاضي شرطين آخرين: (**أحدهما**): أن يكون مريداً لبيعها بسعر يومها. (**والثاني**): أن يكون بالناس حاجة إلى متاعه وضيق في تأخر بيعه. وقال أصحاب الشافعي إنما يحرم بشروط أربعة، وهي ما ذكرنا إلا حاجة الناس إلى متاعه، فمتى اختل منها شرط لم يحرم البيع، وإن اجتمعت هذه الشروط فالبيع حرام، وقد صرح الخرقي ببطلانه. ونصّ عليه أحمد... فقال: أكره ذلك وأرد البيع في ذلك، وعن أحمد رواية أخرى: أن البيع صحيح، وهو مذهب الشافعي لكون النهي لمعنى في غير المنهي عنه. ولنا أنه منهي عنه، والنهي يقتضي فساد المنهي عنه».

ويخلص من ذلك أن بيع الحاضر للبادي ينطوي على ضرب من الاحتكار. إذ البادي يريد البيع بالرخص أو بسعر السوق. فيمسك السمسار السلعة، ولا يعرضها في السوق جملة واحدة، بل يحبسها عن الناس وهم في حاجة إليها، فيقل العرض ويشتد الطلب، على وجه لا يخلو من الاصطناع والتهيؤ لاستغلال حاجة الناس، فيبيع السمسار السلعة على ما يريده من الثمن. وحكم هذا البيع بين أن يكون صحيحاً مكروهاً، أو باطلاً لا أثر له، على خلاف تقدم بيانه.

٣ ـ العربون

نصوص التقنينات المدنية العربية:

تنص المادة (١٠٣) من التقنين المدني المصري على ما يأتي: «(١) دفع العربون وقت إبرام العقد يفيد أن لكل من المتعاقدين الحق في العدول عنه، إلا إذا قضى الاتفاق بغير ذلك. (٢) فإذا عدل من دفع العربون فقده، وإذا عدل من قبضه رد ضعفه. هذا ولو لم يترتب على العدول أي ضرر».

---

(١) انظر أيضاً في كل من التصويرين: «**الجوهرة النيرة**» (٢٠٦)، «**الزيلعي**» (٤/ ٦٨)، «**البحر الرائق**» (٦/ ٩٩) وانظر في التصوير الثاني «**الروض النضير**» (٣/ ٣٠٢ ـ ٣٠٤)، وجاء في (٣٠٣) منه: وإن كان في المجلوب سعة والحاجة إليه قليلة، بحيث لا يؤدي بيع الحاضر للبادي إلى شيء من الإضرار بهم، فالظاهر الإباحة، بل قد تكون أولى، وذلك إذا كان في توسطه وتوليه لذلك تيسير على أهل المصر، كما هو معلوم عند توسط السماسرة النخاسين من أهل الجلب والمصر، وجاء في «**القوانين الفقهية**» لابن جزي (٢٥٩). التصوير الثاني دون غيره في العبارات الآتية: «بيع حاضر لباد من الذين لا يعرفون الأسعار، وقيل: لكل وارد على مكان وإن كان من مدينة. وتعريفه بالسعر كالبيع له، فلا يجوز. واختلفوا في شرائه له».

والتقنين المدني السوري في المادة (١٠٤) منه، وكذلك التقنين المدني الليبي في المادة (١٠٣) منه، يطابقان النص المتقدم من التقنين المدني المصري.

وتنص المادة (٩٢) من التقنين المدني العراقي على ما يأتي: «(١) يعتبر دفع العربون دليلاً على أن العقد أصبح باتًا لا يجوز العدول عنه إلا إذا قضى الاتفاق بغير ذلك. (٢) فإذا اتفق المتعاقدان على أن العربون جزاء للعدول عن العقد، كان لكل منهما حق العدول. فإن عدل من دفع العربون وجب عليه تركه، وإن عدل من قبضه رده مضاعفاً».

ونرى من ذلك أن نصوص التقنينات المدنية العربية في هذه المسألة متطابقة، فيما عدا التقنين المدني العراقي فإنه يجعل دفع العربون دليلاً على أن العقد أصبح باتًا لا على أنه جزاء للعدول عن العقد.

العربون في الفقه الغربي الحديث:

وتتلخص أحكام العربون في الفقه الغربي الحديث، نقلاً عن **«الوسيط»** (١/٢٥٩ ـ ٢٦٤)، على الوجه الآتي:

يتفق أحياناً أن يدفع أحد المتعاقدين للآخر عند إبرام العقد مبلغاً من المال يسمى العربون. وأكثر ما يكون ذلك في عقد البيع وفي عقد الإيجار فيدفع المشتري للبائع أو المستأجر للمؤجر جزءاً من الثمن أو من الأجرة، ويكون غرض المتعاقدين من ذلك إما حفظ الحق لكل منهما في العدول عن العقد بأن يدفع من يريد العدول قدر هذا العربون للطرف الآخر، وإما تأكيد العقد والبت فيه عن طريق البدء في تنفيذه بدفع العربون. وقد انقسمت القوانين الأجنبية بين هاتين الدلالتين المتعارضتين. فالقوانين اللاتينية بوجه عام تأخذ بدلالة العدول، أما القوانين الجرمانية فتأخذ بدلالة البت. وغني عن البيان أن كلتا الدلالتين قابلة لإثبات العكس، فإذا تبين من اتفاق المتعاقدين أو من الظروف أن المقصود من العربون هو غير ما يؤخذ من دلالته المفروضة، وجب الوقوف عند ما أراده المتعاقدان.

وقد أخذ التقنين المدني المصري الجديد حسماً للخلاف والتردد، بدلالة جواز العدول، ومن هنا كان العقد المقترن بعربون مرحلة غير باتة في التعاقد النهائي، إذ يجوز العدول عنه. وتبع التقنين المصري في ذلك كل من التقنين السوري والتقنين الليبي. أما التقنين العراقي فقد أخذ بدلالة التأكيد والبت، فإذا اقترن العقد بعربون كان هذا دليلاً على أن العقد قد أبرم على وجه بات فلا يجوز العدول عنه، إلا إذا تبين أن المتعاقدين قد أرادا، صراحة أو ضمناً، أن يكون العربون جزاء للعدول عن العقد.

فإذا ثبت أن العربون، في أي من هذه التقنينات، جزاء للعدول عن العقد، ولم يعقد أحد من المتعاقدين في خلال المدة التي يجوز له فيها العدول، أصبح العقد باتًا، واعتبر العربون تنفيذاً جزئيًا له، ووجب استكمال التنفيذ. أما إذا عدل أحد المتعاقدين عنه في المدة التي يجوز له فيها ذلك، وجب على من عدل أن يدفع للطرف الآخر مقدار العربون جزاء العدول. فإذا كان هو الذي دفع العربون فإنه يفقده، ويصبح العربون حقًا لمن قبضه. أما إذا كان الطرف الذي عدل هو

الذي قبض العربون، فإنه يرده ويرد مثل للطرف الآخر. والالتزام بدفع قيمة العربون المترتب في ذمة الطرف الذي عدل في العقد ليس تعويضاً عن الضرر الذي أصاب الطرف الآخر من جراء العدول، فإن الالتزام موجود حتى لو لم يترتب على العدول أي ضرر. بل هو نزول عند إرادة المتعاقدين فقد جعلا العربون مقابلاً لحق العدول. وفي هذا يختلف العربون عن الشرط الجزائي، فإن هذا الشرط تقدير اتفق عليه المتعاقدان لقيمة التعويض عن الضرر الذي ينشأ عن الإخلال بالعقد، ومن ثم جاز للقاضي تخفيض هذا التقدير إذا كان مبالغاً فيه إلى درجة كبيرة، بل جاز له ألا يحكم به أصلاً إذا لم يلحق الدائن أي ضرر. وعلى ذلك يمكن تكييف العربون الذي يدفع في مقابل العدول عن العقد بأنه البدل في التزام بدلي. ويكون المدين ملتزماً أصلاً بالالتزام الوارد في العقد ودائناً بالحق الذي يقابل هذا الالتزام، ولكن تبرأ ذمته من الالتزام ويسقط الحق المقابل إذا هو أدى العربون. ومؤدى ذلك أن العدول في حالة دفع العربون لا يكون عن العقد في جملته، بل عن الالتزام الأصلي والحق المقابل له، والعربون بدل مستحق بالعقد، فدفعه إنما هو تنفيذ للعقد في أحد شطريه وهو البدل، لا عدول عنه في جملته.

أما إذا ثبت أن دفع العربون إنما كان لتأكيد العقد لا لإثبات حق العدول لم يجز لأحد من المتعاقدين العدول، عن العقد، بل كان لكل منهما مطالبة الآخر بتنفيذه. ويعتبر العربون تنفيذاً جزئيًا يجب استكماله. وتجري على العقد الذي أبرم القواعد العامة التي تجري على سائر العقود من جواز المطالبة بالتنفيذ العيني أو بالتعويض أو بالفسخ. وإذا فسخ العقد وترتب على الفسخ تعويض، فليس من الضروري أن يقدر التعويض بقدر العربون، فقد يكون أكثر أو أقل بحسب جسامة الضرر.

ويتبين مما قدمناه أنه يمكن حصر مسائل العربون في الفقه الغربي الحديث فيما يأتي:

أولاً: العربون قد يكون دليلاً على البت في إبرام العقد أو على جواز العدول عنه.

ثانياً: فإذا كان دليلاً على البت، فقد أبرم العقد نهائيًا، ولا يجوز العدول عنه. ويعتبر العربون، في عقد البيع مثلاً، جزءاً من الثمن عجل دفعه. وإذا امتنع أحد المتعاقدين عن الوفاء بالتزاماته، أجبر على التنفيذ: البائع يجبر على تسليم المبيع، والمشتري يجبر على دفع الثمن بعد خصم ما خصم ما دفعه عربوناً.

ثالثا: أما إذا كان دليلاً على جواز العدول، جاز لأي من المتعاقدين العدول عن العقد في المدة المحددة لذلك. فإن عدل من دفع العربون فقده. وإن عدل من تسلم العربون رده ومعه مثله. وهذا وذاك دون أن يشترط وقوع ضرر ينجم عن هذا العدول، وفي هذا يختلف العربون عن الشرط الجزائي، فإذا لم يعدل أي من المتعاقدين عن العقد في المدة المحددة، أصبح العقد باتًا، ووجب تنفيذه على الوجه المبين فيما تقدم.

العربون في الفقه الإسلامي:

وحكم العربون في الفقه الإسلامي غير متفق عليه. وأكثر المذاهب كلاماً فيه هو المذهب المالكي.

جاء في «**الموطأ**» (٢/ ٦٠٩ - ٦١١) في شأنه ما يأتي:

«حدثني يحيى عن مالك، عن الثقة عنده، عن عمرو بن شعيب، عن أبيه، عن جده، أن رسول الله ﷺ نهى عن بيع العُربان[1]. قال مالك: وذلك، فيما نرى والله أعلم، أن يشتري الرجل العبد أو الوليدة، أو يتكارى الدابة. ثم يقول للذي اشترى منه، أو تكارى منه: أعطيك ديناراً أو درهماً أو أكثر من ذلك أو أقل، على أني إن أخذت السلعة، أو ركبت ما تكاريت منك، فالذي أعطيتك هو من ثمن السلعة أو من كراء الدابة، وإن تركت ابتياع السلعة أو كراء الدابة فما أعطيتك لك. باطل بغير شيء... قال مالك، في الرجل يبتاع العبد أو الوليدة بمائة دينار إلى أجل، ثم يندم البائع، فيسأل المبتاع أن يقيله بعشرة دنانير يدفعها إليه نقداً أو إلى أجل، ويمحو عنه المائة دينار التي له. قال مالك: لا بأس بذلك».

فالعربون - كما رأينا - يكون في البيع وفي الإيجار. ففي البيع مثلاً يعطيه المشتري للبائع، على أن يكون محسوباً من الثمن إن أخذ المشتري السلعة، وإلاّ فهو للبائع بغير شيء. وقد نهى النبي ﷺ عن مثل هذا البيع. وقد ورد في «**الموطأ**» - كما رأينا - صورة أخرى تقرب من بيع العربون وليست إياه: ينعقد البيع باتًا، ثم يندم البائع، فيعرض على المشتري أن يرد له الثمن أو يبرئه منه إن كان إلى أجل ومعه مقدار من المال في مقابل التقابل من البيع. قال مالك: لا بأس بذلك. والفرق بين بيع العربون وهذا البيع أن جواز عدول البائع عن البيع بمقابل كان معتبراً منذ البداية في بيع العربون، وهذا احتمال يدخل في العقد الغرر فيفسده، أما البيع الثاني فقد انعقد باتًا دون أن يدخله وقت انعقاده احتمال الرجوع فيه بمقابل، فخلا من الغرر، فانعقد صحيحاً، ثم تقابل المتعاقدان باختيارهما في مقابل مبلغ معين يعطيه البائع للمشتري.

ولذلك كان بيع العربون صحيحاً إذا كان العربون قد دفع على أن يكون جزءاً من الثمن إن تم البيع، أو يردّ إلى المشتري إن لم يتم. وقد جاء في «**القوانين الفقهية**» لابن جزي (٢٥٨ - ٢٥٩) في هذا المعنى ما يأتي: «النوع الثالث (من البيوعات الفاسدة) بيع العربان، وهو ممنوع إن كان على ألا يرد البائع العربان إلى المشتري إذا لم يتم البيع بينهما. فإن كان على أن يرده إليه إذا لم يتم البيع فهو جائز». وجاء في «**الحطاب**» (٤/ ٣٦٩ - ٣٧٠): «وكبيع العربان أن يعطيه شيئاً على أنه إن كره البيع لم يعد إليه... وفسره مالك في «**موطئه**» بإعطاء البائع أو المشتري درهماً أو ديناراً على أنه إن أخذ المبيع فهو من الثمن، وإلا بقي للبائع. أبو عمر ما فسره به مالك عليه فقهاء الأمصار لأنه غرر وأكل مال بالباطل. قال مالك: وأما من اشترى شيئاً وأعطى عرباناً، على أنه إن رضيه أخذه وإن سخطه رده وأخذ عربانه فلا بأس به - ويقول «**الحطاب**» في الشرح: قال ابن الحاجب ومنه بيع العربان، وهو أن يعطى شيئاً على أنه إن كره البيع أو الإجارة لم يعد إليه. قال في «**التوضيح**»: فرع فإن وقع البيع أو الكراء على ذلك فقال عيسى بن دينار: يفسخ، فإن فاتت

---

(١) العربان، ويقال: عربون وأربون، قال ابن الأثير، قيل: سمي بذلك لأن فيه إعراباً لعقد البيع، أي إصلاحاً وإزالة فساد، لئلا يملكه غيره باشترائه: وفي «**الذخيرة**»: العربان لغة، أول الشيء.

مضت بالقيمة ا هـ. ونحوه في **«الشامل»** ونصه: وفسخ إلا أن يفوت فبالقيمة» ـ وجاء في **«الخرشي»** (٥/ ٧٨): «وقد نهى عليه الصلاة والسلام عن بيع العربان، وهو أن يشتري سلعة بثمن على أن المشتري يعطي البائع أو غيره شيئاً من الثمن على أن المشتري إن كره البيع لم يعد إليه ما دفعه، وإن أحب البيع حاسبه به من الثمن، لأنه من أكل أموال الناس بالباطل وغرر. قال عيسى ويفسخ العقد، فإن فاتت مضت بالقيمة. ومثل قوله لم يعد إليه إذا كان يتركه له مجاناً، وكلام المؤلف يصدق بهذه. ومثل البيع الإجارة فلا فرق بين الذوات والمنافع». وجاء في **«حاشية العدوي»** على **«شرح الخرشي»** (٥/ ٧٨): «وأما إن أعطاه على أنه إن كره البيع أخذه، وإن رضيه حاسبه به من الثمن، فلا بأس. ويختم عليه إن كان لا يعرف بعينه، لئلا يتردد بين السلفية والثمنية» ـ وجاء في **«الشرح الكبير»** للدردير (٣/ ٦٣): «وكبيع العربان، اسم مفرد. ويقال: أربان بضم أول كل، وعربون وأربون بضم أولهما وفتحه. وهو أن يشتري أو يكتري السلعة، ويعطيه، أي يعطي المشتري البائع شيئاً من الثمن، على أنه أي المشتري إن كره البيع لم يعد إليه ما أعطاه، وإن أحبه حاسبه به من الثمن، أو تركه مجاناً، لأنه من أكل أموال الناس بالباطل. ويفسخ، فإن فات مضى بالقيمة. فإن أعطاه على أنه إن كره البيع أخذه، وإلا حاسب به، جاز». ويقول الدسوقي في **«حاشيته»** على الدردير (٣/ ٦٣): «بيع العربان يجري في البيع والإجارة لا في البيع فقط كما هو ظاهر المصنف، والظاهر منعه في جميع العقود لأنه من أكل أموال الناس بالباطل. وأولى منه في المنع للعلة المذكورة المراهنة التي تقع من عوام الناس. قوله: أو تركه مجاناً، كقول البائع للمشتري لا أبيعك السلعة إلاّ إذا أعطيتني ديناراً آخذه مطلقاً سواء أخذت السلعة أو كرهت أخذها. قوله جاز: أي ويختم عليه إن كان لا يعرف بعينه، قاله المواق، لئلا يتردد بين السلفية والثمنية». وجاء في **«الشرح الصغير»** للدردير (**«الصاوي»** ٢/ ٣٢): «ويفسخ، فإن فات: مضى بالقيمة ويحسب منها العربون». وجاء في كتاب المقارنات والمقابلات لمحمد حافظ صبري (٢١٢): قال الزرقاني شارح **«الموطأ»**: وهو (أي بيع العربون) باطل عند الفقهاء لما فيه من الشرط والغرر وأكل أموال الناس بالباطل. فإن وقع فسخ. فإن فات: مضى، لأنه مختلف فيه فقد أجازه أحمد. وروي عن ابن عمر وجماعة من التابعين إجازته، ويرد العربان على كل حال. قال ابن عبد البر: ولا يصح ما روي عنه ﷺ من إجازته، فإن صح احتمل أنه يحتسب على البائع من الثمن إن تم البيع، وهذا جائز عند الجميع».

هذه طائفة من النصوص نستطيع أن نستخلص منها الأحكام الآتية:

أولاً: هناك صورة من بيع العربون لا غرر فيها، فيكون البيع صحيحاً، وهي صورة ما إذا اشترى وأعطى عرباناً، على أنه إن كره البيع أخذه، وإن رضيه حاسبه به من الثمن. قال مالك: فلا بأس به. وفي هذه الصورة يكون العربون جزءاً معجلاً من الثمن إذا اختار المشتري إبرام البيع. أما إن كره البيع لم يبرمه، كان العربون في يد البائع دون سبب فيرده إلى المشتري.

ثانياً: هناك صورة أخرى من بيع العربون فيها غرر، فيكون البيع باطلاً، وهي صورة ما إذا اشترى شيئاً وأعطى عرباناً، على أنه إن اختار البيع كان العربان جزءاً من الثمن، وإن كره البيع بقي العربان حقًّا للبائع ولم يرده للمشتري.

ثالثاً: في الصورة المتقدمة، التي يكون فيها البيع باطلاً، إذا كره المشتري البيع، لم يجز للبائع أن يحتفظ بالعربون لبطلان العقد، بل وجب عليه رده للمشتري. كذلك إذا اختار المشتري البيع وأراد حساب العربون من الثمن، فالظاهر من النصوص، أن البيع يبقى باطلاً، ويفسخ، ويكون على البائع أن يرد الثمن وما اشتمل عليه من العربون، ويكون على المشتري أن يرد المبيع. فإن فات المبيع بهلاك أو نحوه، حسب على المشتري، لا بالثمن لأن البيع باطل، بل بالقيمة. وهناك رأي يذهب إلى أن البيع في هذه الحالة الثانية ـ حالة اختيار المشتري البيع ـ يكون صحيحاً، ويحسب العربون من الثمن، وهذا ما رواه عن ابن عمر وجماعة من التابعين، وقد تقدم ذكر ذلك.

ونرى من ذلك أننا اقتربنا من الفقه الغربي بهذا الرأي الأخير، فبيع العربون صحيح ويحسب العربون من الثمن، غير أن المشتري إن كره البيع استرد العربون. وفي الفقه الغربي إن كره المشتري البيع فقد العربون.

ومذهب أحمد هو الذي يتفق مع الفقه الغربي في الحالتين، ففيه أن المشتري يفقد العربون إن كره البيع، وإن اختاره حسب العربون من الثمن. وقد جاء في **«الشرح الكبير»** على **«المقنع»** (**«المغني»** ٤/٥٨ ـ ٥٩) في هذا المعنى ما يأتي:

«وكذلك إذا قال المرتهن: إن جئتك بحقك في محله وإلا فالرهن لك، فلا يصح البيع، إلا بيع العربون، وهو أن يشتري شيئاً ويعطي البائع درهماً ويقول إن أخذته، وإلا فالدرهم لك. فقال أحمد: يصح لأن عمر فعله. وعند أبي الخطاب: أنه لا يصح... والعربون في البيع هو أن يشتري السلعة ويدفع إلى البائع درهماً أو أكثر، على أنه إن أخذ السلعة احتسب به من الثمن، وإن لم يأخذها فهو للبائع. يقال: عُرْبون وعَرَبون وعُرْبان وأُرْبان. قال أحمد ومحمد بن سيرين لا بأس به، وفعله عمر رضي الله عنه. وعن ابن عمر: أنه أجازه. وقال ابن المسيب وابن سيرين: لا بأس إذا كره السلعة أن يردها ويرد معها شيئاً. قال أحمد: هذا في معناه. وقال أبو الخطاب: لا يصح. وهو قول مالك والشافعي وأصحاب الرأي ويروى عن ابن عباس والحسن. ولأن النبي ﷺ نهى عن بيع العربون، رواه ابن ماجه. ولأنه شرط للبائع شيئاً بغير عوض فلم يصح، كما لو شرطه لأجنبي، ولأنه بمنزلة الخيار المجهول، فإنه اشترط أن له رد المبيع من غير ذكر مدة فلم يصح، كما لو قال ولي الخيار متى شئت رددت السلعة ومعها درهم. قال شيخنا: هذا هو القياس، وإنما صار أحمد فيه إلى ما روى عن نافع بن الحارث أنه اشترى لعمر دار السجن من صفوان بن أمية، فإن رضي عمر وإلا فله كذا وكذا. قال الأشرم: قلت لأحمد: تذهب إليه، قال: أي شيء أقول: هذا عمر رضي الله عنه! وضعف الحديث المروي. روى هذه القصة الأثرم بإسناده. فأما إن دفع إليه قبل البيع درهماً وقال: لا تبع هذه السلعة لغيري، وإن لم أشترها منك فهذا الدرهم لك، ثم اشتراها منه بعد ذلك بعقد مبتدأ وحسب الدرهم من الثمن، صح، لأن البيع خلا عن الشرط المفسد. ويحتمل أن الشراء الذي اشترى لعمر كان على هذا الوجه، فيحمل عليه جمعاً بين فعله وبين الخبر وموافقة القياس والأئمة القائلين بفساد بيع العربون، وإن لم يشتر السلعة في هذه

الصورة، لم يستحق البائع الدرهم لأنه بأخذه بغير عوض ولصاحبه الرجوع فيه، ولا يصح جعله عوضاً عن انتظاره وتأخر بيعه من أجله، لأنه لو كان عوضاً عن ذلك لما جاز جعله من الثمن في حال الشراء، ولأن الانتظار بالبيع لا تجوز المعاوضة عنه، ولو جازت لوجب أن يكون معلوم المقدار كما في الإجارة».

ويمكن أن نستخلص من النص المتقدم ما يأتي:

أولاً: أن الذين يقولون ببطلان بيع العربون يستندون في ذلك إلى حديث النبي ﷺ الذي نهى عن بيع العربون، ولأن العربون اشترط للبائع بغير عوض وهذا شرط فاسد، ولأنه بمنزلة الخيار المجهول إذ اشترط المشتري خيار الرجوع في البيع من غير ذكر مدة كما يقول ولي الخيار متى شئت رددت السلعة ومعها درهم.

ثانياً: أن أحمد يجيز بيع العربون ويستند في ذلك إلى الخبر المروي عن عمر وضعف الحديث المروي في النهي عن بيع العربون، وإلى القياس على صورة متفق على صحتها، هي أنه لا بأس إذا كره المشتري السلعة أن يردها ويرد معها شيئاً قال أحمد: هذا في معناه.

ثالثاً: ونرى أنه يستطاع الرد على بقية حجج من يقولون ببطلان بيع العربون فالعربون لم يشترط للبائع بغير عوض، إذ العوض هو الانتظار بالبيع وتوقيف السلعة حتى يختار المشتري وتفويت فرصة البيع من شخص آخر لمدة معلومة. وليس بيع العربون بمنزلة الخيار المجهول، إذ المشتري إنما يشترط خيار الرجوع في البيع مع ذكر مدة معلومة إن لم يرجع فيها مضت الصفقة وانقطع الخيار.

رابعاً: أن هناك صورتين أخريين تقربان من بيع العربون، ومع ذلك تصحان دونه في رأي من يقول ببطلانه. إحداهما ما قدمناه من بيع بات، يتلوه تقايل يدفع المشتري في مقابله شيئاً، والأخرى عقدان متتاليان في الأول منهما يدفع المشتري إلى البائع قبل البيع درهماً ويقول له: لا تبع هذه السلعة لغيري وإن لم أشترها فالدرهم لك، وفي الثاني يشتريها بعقد مبتدأ ويحسب الدرهم من الثمن. فهذا البيع ـ وهو العقد المبتدأ ـ صحيح لأنه انفصل عن العربون وصار عقداً مستقلاً، فخلا عن الشرط المفسد. وأحمد، في رأينا، على حق في تصحيحه لبيع العربون قياساً على هاتين الصورتين. بل إن الصورة الثانية ـ صورة العقدين المتتالين عقد العربون وعقد البيع المبتدأ ـ يصعب فيها القول بأن المشتري إذا كره البيع لم يستحق البائع الدرهم لأنه يأخذه بغير عوض، فقد قدمنا أن العوض هو تفويت المشتري للبائع فرصة البيع من شخص آخر لمدة معلومة.

خامساً: بيع العربون الذي يقول أحمد بجوازه، صورته أن يدفع المشتري العربون للبائع، ثم يتركه له إذا كره البيع. ولا فرق بين هذه الصورة وصورة ما إذا كان البائع هو الذي له الخيار في أن يعدل عن البيع، فيرد العربون ومعه مثله. وكما قاس أحمد صورة بيع العربون الذي للمشتري فيه الخيار على صورة البات يتلوه تقايل يدفع المشتري مقابله شيئاً، كذلك يمكن أن تقاس صورة بيع العربون الذي للبائع فيه الخيار على الصورة التي أوردها مالك في «**الموطأ**» وهي أن يكون البيع باتاً ثم يندم البائع فيدفع للمبتاع شيئاً ويتقايل معه. وإذا أجزنا في بيع العربون أن يكون الخيار للبائع أو

المشتري، جاز أيضاً أن يكون الخيار لكل من البائع والمشتري.

أما دلالة العربون عند الشك، هل هي للبتات أو لجواز العدول فأمر يترك للعرف والعادة، ففي الفقه الإسلامي العادة محكمة.

الفرع الثاني
صحة التراضي

الأهلية وعيوب الإرادة:

رأينا فيما قدمناه كيف يكون وجود التراضي، وذلك بتطابق الإرادتين. ولا يكفي أن يكون التراضي موجوداً، بل يجب أيضاً أن يكون صحيحاً، فننتقل من وجود التراضي إلى صحته.

والتراضي في الفقه الغربي لا يكون صحيحاً إلا إذا كان صادراً من ذي أهلية ولم يكن مشوباً بعيب من عيوب الإرادة.

الأهلية في البلاد العربية يسري عليها قانون الأحوال الشخصية:

ولما كانت الأهلية في البلاد العربية يسري عليها قانون الأحوال الشخصية، وكان هذا القانون في الكثرة الغالبة من الأحوال هو نفس الفقه الإسلامي، فما بنا حاجة لمقارنة الفقه الإسلامي بالفقه الغربي في مسائل الأهلية، ما دام الفقه الغربي لا محل لتطبيقه في هذه المسائل. ومن ثم ندع الأهلية، ونقتصر على الكلام في عيوب الإرادة.

عيوب الإرادة

وعيوب الإرادة في الفقه الغربي هي الغلط والتدليس والإكراه.

ويجب التمييز بين إرادة غير موجودة وإرادة معيبة. فالإرادة غير الموجودة هي مجرد مظهر خارجي لإرادة موهومة لا حقيقة لها. مثلُ ذلك الإرادة التي تصدر من المجنون أو الصبي غير المميز أو السكران أو الهازل، فهذه الإرادة لا وجود لها، لأن مناط الإرادة التمييز، ومن ثم لم تتعلق بمحلها لانعدامها، فكان العقد باطلاً لا وجود له، أمّا الإرادة المعيبة فهي إرادة موجودة، ولكنها صدرت من شخص على غير بينة من أمره - وهذا هو الغلط والتدليس - أو غير حر في إرادته - وهذا هو الإكراه. فالإرادة المعيبة إرادة تعلقت بمحلها لأنها إرادة موجودة، ولكنها ما كانت لتتعلق به لو أنها كانت على هدى أو كانت مختارة ومن ثم فهي معيبة. والعقد في حالة الإرادة المعيبة موجود منعقد، لأن الإرادة موجودة وقد تعلقت بمحلها. ولكنه غير صحيح وقابل للإبطال، فيجوز للمتعاقد الذي شاب إرادته العيب أن يبطله، صيانة للإرادة من أن يشوبها العيب، وحماية لصاحبها من أن يلتزم بعقد لم يرده إرادة صحيحة.

ولما كنا في معرض المقارنة بين الفقه الإسلامي والفقه الغربي في عيوب الإرادة، وجب أن نتكلم في مسائل ثلاث:

(١) الغلط (٢) التدليس (٣) الإكراه.

المبحث الأول

الغلط

تمهيد

المعيار الذاتي في الفقه الغربي والمعيار الموضوعي في الفقه الإسلامي.

١ ـ الغلط في الفقه الغربي

النظرية التقليدية:

يعرف الغلط عادة بأنه حالة تقوم بالنفس تحمل على توهم غير الواقع، بأن تكون هناك واقعة غير صحيحة يتوهم الإنسان صحتها، أو واقعة صحيحة يتوهم عدم صحتها.

وتقسم النظرية التقليدية في الفقه الفرنسي الغلط إلى أنواع ثلاثة: نوع يجعل العقد باطلاً، وآخر يجعل العقد قابلاً للإبطال، وثالث لا يؤثر في صحة العقد.

فالنوع الذي يجعل العقد باطلاً هو الغلط المانع. ويقع في ماهية العقد، كمن يبيع شيئاً من آخر والآخر يعتقد أن العقد هبة. ويقع كذلك في ذاتية المحل، كما لو باع شخص من آخر داره في الإسكندرية والمشتري يعتقد أنه يشتري دار البائع التي في القاهرة.

والنوع الذي يجعل العقد قابلاً للإبطال إما غلط يقع في مادة الشيء محل الالتزام الناشيء من العقد، وإما غلط يقع في شخص المتعاقد إذا كانت شخصيته محل اعتبار في العقد. ومادة الشيء (substance même de la chose) هي مجموع الخصائص التي تدخل في جنس معين، وتميزه عن الأجناس الأخرى. فمن اشترى ـ كما يقول پوتييه ـ ثريا (شمعدان) من نحاس مطلي بالفضة، وهو يعتقد أنها من فضة خالصة، يكون قد وقع في غلط في مادة الشيء، ومَثَلُ الغلط الذي يقع في شخص المتعاقد أن يتعاقد شخص مع أحد الفنانين، وهو يعتقد أنه يتعاقد مع فنان آخر.

والنوع الذي لا يؤثر في صحة العقد هو غلط في وصف لا يتعلق بمادة الشيء محل الالتزام، أو غلط في شخص المتعاقد إذا لم تكن شخصيته محل اعتبار في العقد، أو غلط في قيمة الشيء محل الالتزام، أو غلط في الباعث على التعاقد.

النظرية الحديثة:

ولكن القضاء في فرنسا ـ وتبعه الفقه الفرنسي المعاصر ـ لم يأخذ بهذه النظرية التقليدية. فقد استبعد النوع الأول، وهو الغلط المانع الذي يجعل العقد باطلاً؛ لأنه يتصل بوجود التراضي لا بصحته. وهدم الحاجز ما بين النوعين الثاني والثالث، واستبدل فيهما بمعيار موضوعي معياراً ذاتيًا.

فالغلط في مادة الشيء مثلاً معيار موضوعي محض، هجره القضاء والفقه إلى معيار ذاتي هو الأوصاف الرئيسية التي اعتبرها المتعاقدان في الشيء، واستبدلت بعبارة «مادة الشيء» عبارة «الصفة

الجوهرية في الشيء». وكذلك الغلط في القيمة أو الغلط في الباعث قد يكون غلطاً جوهريًا يؤثر في صحة العقد.

ومن ثم أصبح الغلط يؤثر في صحة العقد أو لا يؤثر تبعاً لما إذا كان غلطاً جوهريًا أو غير جوهري. والغلط الجوهري هو الذي يبلغ في نظر المتعاقد الذي وقع في الغلط حدًا من الجسامة بحيث كان يمتنع عن إبرام العقد لو كان على بينة من أمره ولم يقع في الغلط، سواء في ذلك أن يقع الغلط في الشيء أو في الشخص أو في القيمة أو في الباعث.

فإذا اشترى شخص شيئاً على أنه أثر تاريخي، واعتقد في الوقت ذاته أنه مصنوع من الذهب، فتبين أنه أثرى ولكنه مصنوع من «البرونز» لم يؤثر هذا الغلط في صحة العقد، وإن كان قد وقع في مادة الشيء. ذلك أن الصفة الجوهرية التي اعتبرها المتعاقدان في الشيء هي أنه أثري، لا أنه من ذهب، وقد تبين أنه أثري. أما إذا تبين أنه غير أثري، فالغلط يجعل العقد قابلاً للإبطال، حتى لو ثبت أن المبيع مصنوع من الذهب.

والغلط في شخص المتعاقد لا يؤثر في صحة العقد إلا إذا وقع في ذات المتعاقد أو في صفة من صفاته، وكانت هذه الذات أو الصفة السبب الرئيسي في التعاقد. مثل ذلك الغلط في شخص الوكيل، أو المزارع، أو الشريك، أو الموهوب له إذا اعتقد الواهب عن غلط أن له به قرابة، أو المستأجر إذا ثبت أنها امرأة سيئة السلوك.

والغلط في القيمة قد يكون جوهريًا، فيجعل العقد قابلاً للإبطال، كما إذا باع شخص سهماً بقيمته الفعلية وكان يجهل أن هذا السهم قد ربح جائزة كبيرة.

وكذلك الغلط في الباعث قد يكون جوهريًا هو أيضاً. فمن باع شيئاً وهو يعتقد أنه مريض مرض الموت، ثم يشفى، لا يستطيع الطعن في البيع بأنه صدر في مرض الموت، إذ الحق في هذا الطعن مقصور على الورثة. ولكنه يستطيع الطعن في العقد بالغلط في الباعث، لأنه إنما تعاقد مدفوعاً باعتقاده أنه في مرض الموت وما كان ليبيع لو علم أنه سيشفى.

كيف ينضبط التعامل في مواجهة المعيار الذاتي في الغلط ـ اتصال المتعاقد الآخر بالغلط:

ومند انقلب معيار الغلط معياراً ذاتيًا على هذا النحو، فقد وجب ألا ينفرد به المتعاقد الذي وقع في الغلط، دون أن يتصل به المتعاقد الآخر على وجه من الوجوه، وإلا تزعزع التعامل ولم ينضبط، إذ لا يأمن أي متعاقد أن يرى العقد الذي اطمأن إليه قد انهار، بادعاء صاحبه أنه وقع في غلط لا علم للآخر به. ومن ثم كان الواجب أن يتصل المتعاقد الآخر بهذا الغلط حتى ينضبط التعامل، فإما أن يكون مشتركاً في الغلط، وإما أن يكون غير مشترك فيه ولكنه يعلم به أو يستطيع أن يعلم به. فإذا تحددت نظرية الغلط على هذا النحو، أصبحت لا تتنافى مع استقرار التعامل. ذلك أن المتعاقد الذي وقع في الغلط لا يدع للمتعاقد الآخر سبيلاً للزعم بأنه فوجىء بطلب إبطال العقد. فقد ثبت أن هذا المتعاقد الآخر كان مشتركاً في الغلط، أو كان يعلم به، أو كان من السهل عليه أن يتبينه. وهو في الأولى حسن النية، ولكن مقتضى حسن نيّته أن يسلم بإبطال العقد. وهو

في الثانية سيىء النية، وإبطال العقد جزاء حق لسوء نيته. وهو في الثالثة مقصر، وتعويض التقصير إبطال العقد. أما إذا كان المتعاقد الآخر غير مشترك في الغلط ولا يعلمه ولا يستطيع أن يعلمه فالعقد صحيح، ولا عبرة بالغلط الفردي الذي وقع فيه المتعاقد الأول ولم يتصل به المتعاقد الآخر بوجه من الوجوه. وهنا نكون قد ضحينا بإرادة المتعاقد الحقيقة في سبيل استقرار التعامل، وأقمنا العقد على أساس من الإرادة الظاهرة لا الإرادة الباطنة.

ونطبق هذا المبدأ على الأمثلة المتقدمة:

إذا كان الغلط في صفة جوهرية في الشيء هو أنه أثري، لم يستطع من اشتراه أن يبطل البيع إلا إذا أثبت أن الشيء غير أثري، وأن البائع في الوقت ذاته كان مشتركاً معه في الغلط معتقداً مثله أن الشيء أثري، أو كان على بينة من أن الشيء غير أثري ومع ذلك كان يعلم، أو كان من السهل عليه أن يعلم، أن المشتري إنما انساق إلى الشراء لأنه كان يعتقد أن الشيء أثري. وإثبات كل ذلك يكون يسيراً، لو عنى المشتري وقت التعاقد أن يبين أنه إنما يشتري الشيء لأنه أثري، فإذا هو لم يبين ذلك فقد يتيسر الإثبات في القرائن والملابسات، كارتفاع الثمن إلى درجة لا تجعل قيمة الشيء المقلد متناسبة بتاتاً مع هذا الثمن، وكالمهنة التي اتخذها البائع لنفسه إذا فرض أن هذا البائع مهنته الاتجار في الأشياء الأثرية.

وإذا كان الغلط في الشخص، كمن يهب مالاً لذي قرابة، لم يستطع الواهب أن يبطل الهبة إلا إذا أثبت أن الموهوب له ليس بقريب وقد تقبل الهبة مع ذلك معتقداً أن له قرابة بالواهب، أو متبيناً أن الواهب إنما اندفع إلى الهبة معتقداً عن غلط بهذه القرابة، أو كان يسهل عليه أن يتبين ذلك من ظروف وملابسات يفهم منها الشخص العادي أن الهبة لم تكن لتصدر لولا اعتقاد الواهب أن الموهوب له تربطه به صلة القرابة.

وإذا كان الغلط في القيمة، كمن باع السهم الذي ربح الجائزة بقيمته الفعلية فإن مجرد بيع السهم بقيمته الفعلية دون حساب للجائزة كاف وحده ليكون قرينة على أن البائع كان يجهل ربح الجائزة، وعلى أن المشتري كان إما مشتركاً في هذا الغلط، وإما عالماً به، وإما مستطيعاً أن يعلم به.

وإذا الغلط في الباعث، كما إذا باع مريض شيئاً وهو يعتقد أنه في مرض الموت ثم يشفى، فعلى البائع أن يثبت أنه كان يعتقد أنه في مرض الموت، وأن المشتري كان يعتقد ذلك مثله، أو كان يعلم أو يسهل عليه أن يعلم بغلط البائع. وقد تقوم تفاهة الثمن أو صوريته مع خطورة المرض قرينة على ذلك.

امتزاج المعيار الموضوعي بالمعيار الذاتي في الفقه الجرماني:

وقد مزج الفقه الجرماني - من أجل استقرار التعامل دائماً - المعيار الموضوعي بالمعيار الذاتي في التعرف على الصفة الجوهرية التي اعتبرها الطرفان المتعاقدان في الشيء. فذهب إلى أن صفة الشيء تكون جوهرية، ليس فحسب إذا اعتبرها المتعاقدان جوهرية وفقاً لما انطوت عليه نيتهما بالفعل وهذا هو المعيار الذاتي، بل أيضاً إذا وجب أن يكونا قد اعتبراها جوهرية وفقاً لما لابس

العقد من ظروف ولما ينبغي في التعامل من حسن النية، وهذا هو المعيار الموضوعي. فالظروف الموضوعية للعقد، وجوب أن يسود التعامل حسن النية، يهديان ـ إذا لم نهتد من طريق آخر ـ إلى التعرف على نية المتعاقدين. فإذا اشترى شخص من تاجر في الآثار قطعة ظنها أثرية ثم اتضح أنها ليست كذلك، فمن حق المشتري أن يقيم من واقعة أنه تعامل مع تاجر في الآثار قرينة على نيته، وأن يتخذ من هذه القرينة ذاتها دليلاً على نية المتعاقد الآخر، وأن يتمسك بما ينبغي أن يسود التعامل من حسن النية، فلا يكلف نفسه أن يتحقق من الصفة الأثرية للقطعة ما دام قد اشتراها ممن يتجر في الآثار، بل كان الواجب على هذا التاجر أن ينبه المشتري إلى أن القطعة ليست أثرية لو كان عالماً بذلك، وإلا فإنه يكون مشتركاً معه في الغلط.

نصوص التقنينات المدنية العربية:

وعلى هذه النظرية الحديثة في الغلط، التي تمتزج فيها المعايير الذاتية بالمعايير الموضوعية، قامت نصوص التقنينات المدنية العربية.

التقنين المدني المصري: فنصت المادة (١٢٠) من التقنين المدني المصري على أنه: «إذا وقع المتعاقد في غلط جوهري جاز له أن يطلب إبطال العقد إن كان المتعاقد الآخر قد وقع مثله في الغلط، أو كان على علم به، أو كان من السهل عليه أن يتبينه». ونصت المادة (١٢١) على أنه: «١ ـ يكون الغلط جوهريًا إذا بلغ حدًا من الجسامة بحيث يمتنع معه المتعاقد عن إبرام العقد لو لم يقع في هذا الغلط. ٢ ـ ويعتبر الغلط جوهريًا على الأخص: (أ) إذا وقع في صفة للشيء تكون جوهرية في اعتبار المتعاقدين، أو يجب اعتبارها كذلك لما يلابس العقد من ظروف ولما ينبغي في التعامل من حسن النية. (ب) إذا وقع في ذات المتعاقد أو في صفة من صفاته، وكانت تلك الذات أو هذه الصفة السبب الرئيسي في التعاقد».

التقنين المدني السوري: والمادتان (١٢١ و١٢٢) من التقنين المدني السوري تطابقان المادتين (١٢٠ و١٢١) من التقنين المدني المصري في النصوص المتقدمة الذكر.

التقنين المدني الليبي: وكذلك المادتان (١٢٠ و١٢١) من التقنين المدني الليبي تطابقان المادتين (١٢٠ و١٢١) من التقنين المدني المصري.

التقنين المدني العراقي: وقد أخذ التقنين المدني العراقي أيضاً بالنظرية الحديثة في الغلط، موافقاً بينها وبين الفقه الإسلامي الذي سنبسط أحكامه فيما يلي. وسنورد نصوص هذا التقنين بعد بسط أحكام الفقه الإسلامي.

تقنين الالتزامات اللبناني: ونصت المادة (٢٠٤) من تقنين الموجبات والعقود اللبناني على أنه: «يعد الرضا متعيباً فقط والعقد قابلاً للإبطال: **أولاً**: إذا كان الغلط يتناول صفات الشيء الجوهرية. **ثانياً**: إذا كان الغلط يتناول هوية الشخص أو صفاته الجوهرية في العقود المنظور في إنشائها إلى شخص العاقد. **ثالثاً**: إذا كان الغلط يتناول فاعلية سبب الموجب (كإنشاء عهد من أجل موجب سابق كان يظن أنه مدني مع أنه كان طبيعيًا فقط)». ونصت المادة (٢٠٥) على أنه: «لا يمس الغلط صحة العقد إذا لم يكن هو العامل الدافع إليه. وخصوصاً إذا كان هذا الغلط يتناول:

أولاً: الصفات العرضية أو الثانوية للشيء أو للشخص. **ثانياً**: قيمة الشيء فيما عدا حالة الغبن الفاحش (المادة ٢١٤). **ثالثاً**: مجرد البواعث التي حملت فريقاً من المتعاقدين على التعاقد. **رابعاً**: أرقاماً أو حساباً، وحينئذ يكون التصحيح واجباً قانوناً، على أن العقد يبقى صالحاً». ونصت المادة (٢٠٧) على أن: «الغلط الواقع على صفات الشيء الجوهرية لا يكون هداماً للعقد إلا إذا كان صادراً من قبل الفريقين وداخلاً في الاشتراط. أما الغلط الواقع على الشخص فيعتد به وإن كان صادراً عن فريق واحد فقط».

٢ ـ الغلط في الفقه الإسلامي

معايير الغلط في الفقه الإسلامي موضوعية:

والفقه الإسلامي ـ كما نعلم ـ ذو نزعة موضوعية واضحة. ولذلك استعصى على الغلط ـ وهو شيء نفسي ذاتي ـ أن يجد له في الفقه الإسلامي مكاناً موحداً يلم شعثه ويجمع شتاته فانتشرت نظرية الغلط في جوانبه متفرقة مبعثرة. فهناك خيار الوصف، وهناك خيار العيب، ويتقدم ذلك خيار الرؤية. ويبدو لأول وهلة أن هذه مسائل مستقلة بعضها عن بعض، وألاّ صلة فيما بينها، مع أنها جميعاً تربطها أوثق الصلات بنظرية الغلط على ما سنرى. وهمُّ الفقهاء في كل ذلك منصرف إلى استقرار التعامل وانضباطه بقدر ما هو متجه إلى احترام الإرادة الحقيقية للمتعاقدين. فنظرية الغلط في الفقه الإسلامي، فوق أنها مبعثرة، يتنازعها عاملان متعارضان: استقرار التعامل واحترام الإرادة الحقيقية. ومن ثم كانت المعايير السائدة فيها هي معايير موضوعية، يجري في خلالها تيار الإرادة الحقيقية يشق طريقه وسط هذه المعايير.

تدرج عيوب الإرادة في الفقه الإسلامي:

ويلاحظ أن عيوب الإرادة ـ الغلط والتدليس والإكراه ـ تتدرج صاعدة من الذاتية إلى الموضوعية. فالغلط هو أشد هذه العيوب ذاتية، لأنه وهم يقوم بالنفس... ثم يليه التدليس، فهو وهم يقوم بالنفس كالغلط، ولكن يصاحبه طرق احتيالية خارجية. وهذا ما يجعل التدليس يتدرج بقدر معين من الذاتية إلى الموضوعية. ويلي التدليس في التدرج الإكراه. فهو رهبة تقوم بالنفس، ولكن مصدر هذه الرهبة يكون في العادة شيئاً ماديًا، فيسير الإكراه بذلك خطوة أبعد من التدليس نحو الموضوعية.

والفقه الإسلامي ـ ونزعته موضوعية كما قدمنا ـ يعتد بهذه العيوب جميعاً ولكن بترتيب عكسي فأكثر ما يعتد به الإكراه، حتى عقد له باباً قائماً بذاته يتميز به عن سائر الموضوعات. ويعتد بعد الإكراه بالتدليس، فالتدليس له قوام في الفقه الإسلامي، بل هو معروف في بعض المذاهب بهذا الاسم بالذات. والغلط هو في الفقه الإسلامي أقل عيوب الإرادة بروزاً، إذ هو أكثر العيوب نزعة ذاتية.

أنواع الغلط في الفقه الإسلامي:

ونجاري ترتيب الفقه الغربي في الكلام عن الغلط في الفقه الإسلامي. فهناك غلط في

الشيء، وهو أهم أنواع الغلط وأكثرها عموماً وبروزاً، إذ تجتمع فيه الخيارات الثلاثة: خيار الوصف وخيار العيب وخيار الرؤية[١]. ثم إن هناك غلطاً في الشخص، وغلطاً في القيمة، وغلطاً في القانون[٢]. ونفرد الغلط في الشيء بمكان خاص لأهميته. ونبحث بعد ذلك الأنواع الأخرى من الغلط.

المطلب الأول

الغلط في الشيء

نتابع هنا أيضاً ترتيب الفقه الغربي. فنتكلم في الغلط الجوهري، ثم في التنازع ما بين استقرار التعامل واحترام الإرادة الحقيقية.

الغلط الجوهري

الغلط المانع وفوات الوصف المرغوب فيه:

يعرف الفقه الإسلامي الغلط المانع وفوات الوصف المرغوب فيه، وكلاهما غلط في الشيء، ويميز بينهما تمييزاً دقيقاً.

(أ) الغلط المانع

اختلاف الجنس أو اتحاده مع تفاحش التفاوت:

إذا وقع الغلط في جنس الشيء، بأن اعتقد أحد العاقدين أن المعقود عليه من جنس معين فإذا به من جنس آخر، فإن هذا الغلط يمنع من انعقاد العقد، لأن المحل يكون معدوماً مثل ذلك أن يبيع ياقوتاً أو ماساً فإذا هو زجاج أو يبيع حنطة فإذا هي شعير. كذلك إذا باع حنطة فإذا هي دقيق، أو هي خبز، يكون الغلط واقعاً في الجنس، إذ الحنطة والدقيق والخبز أجناس مختلفة وإن كانت مادتها واحدة، فمن غصب من آخر حنطة وطحنها ينقطع حق الملك لأن الحنطة تصير بالطحن شيئاً آخر. وإذا باع ثوباً هرويًا فإذا به مروي، أو قزًا فإذا به خز، اختلف الجنس وكان الغلط مانعاً.

وحتى إذا اتحد الجنس، ولكن التفاوت بين حقيقة المعقود عليه وما أراده العاقد كان تفاوتاً فاحشاً، فإن الغلط يكون هنا أيضاً غلطاً مانعاً. فإذا باع داراً من آجر فإذا بها من لبن، أو ثوباً

---

(١) قارن الأستاذ شفيق شحاتة في «**النظرية العامة للالتزامات في الشريعة الإسلامية**» (١٤٥ ـ ١٤٧) وانظر الأستاذ بدرو ديب في نظرية الباعث في المذهب الحنفي (بالفرنسية ـ باريس سنة ١٩٥٢) وبخاصة (١٢٩ ـ ١٣٠)، وانظر الأستاذ شكري قرداحي في «**القانون والأخلاق**» (بالفرنسية) الجزء الثاني سنة ٩٥٤ (٣٤ ـ ٣٩).

(٢) وندع جانباً الغلط في الباعث، وهو أشد أنواع الغلط اتصالاً بالعوامل النفسية، إلى حين الكلام في نظرية السبب في الفقه الإسلامي.

مصبوغاً بعصفر فإذا هو مصبوغ بزعفران إذ العصفر والزعفران يختلفان في اللون اختلافاً فاحشاً فهنا اتحد الجنس ولكن تفاحش التفاوت فيكون في حكم اختلاف الجنس، أو هما جنسان مختلفان في المعنى فالتحقا بمختلفي الجنس في الحقيقة. بل ليس الجنس في الفقه كما يقول صاحب **«فتح القدير»** ـ إلا المقول على كثيرين لا يتفاوت الغرض منها فاحشاً، فالجنسان ما يتفاوت الغرض منهما فاحشاً بلا نظر إلى الذاتي. ومن ثم يكون الغلط مانعاً سواء كان الجنس مختلفاً أو كان متحداً مع تفاحش في التفاوت. وإذا باع عبداً فإذا به جارية، فهنا أيضاً تفاحش التفاوت وإن اتحد الجنس، فيكون الغلط مانعاً، ويذهب زفر إلى أن التفاوت هنا ليس بفاحش، فبنو آدم جنس واحد ذكورهم وإناثهم كسائر الحيوان، فالبيع جائز وفيه خيار الوصف.

وحكم الغلط المانع هو أن يمنع انعقاد العقد، فيكون العقد باطلاً كما رأينا. وهناك رأي يذهب إلى أن العقد يكون فاسداً لا باطلاً. فالقائلون بالبطلان يعتبرون البيع وقع على معدوم، وبيع المعدوم باطل. والقائلون بالفساد ـ وهو اختيار الكرخي ـ يعللون ذلك بأن الغلط يأتي من تسمية جنس والإشارة إلى غيره، ومن باع شيئاً سماه وأشار إلى غيره يصير كأنه باع شيئاً بشرط أن يسلم غيره وذلك فاسد.

النصوص الفقهية:

ونورد بعضاً من النصوص الفقهية التي استخلصنا منها الأحكام المتقدمة. جاء في **«المبسوط»** للسرخسي (١٣/ ١٢ ـ ١٣): «وإذا اشترى فصًا على أنه ياقوت. . . إن كان المشار إليه زجاجاً فالبيع فاسد لانعدام المجانسة، وإن استهلكه المشتري فعليه قيمته لأنه استهلك ملك الغير بغير إذنه. . . وكذلك لو اشترى ثوباً على أنه هرَوي فإذا هو من صنف آخر فهو فاسد، لأن الثياب أجناس مختلفة. ولو اشترى شخصاً على أنه عبد فإذا هو جارية، فالبيع فاسد عندنا. وقال زفر جائز، وللمشتري الخيار، لأن بني آدم جنس واحد ذكورهم وإناثهم كسائر الحيوان، ولو اشترى بقرة على أنها أنثى فإذا هي ثور كان البيع جائزاً، وكذلك الإبل والبقر والغنم، فكما يتفاوت المقصود هنا في بني آدم بين الذكور والإناث يتفاوت هناك، يوضحه أنه لو اشترى عبداً على أنه تركي فإذا هو رومي أو سندي جاز البيع وبينهما تفاوت فيما هو المقصود وهو المالية. وحجتنا في ذلك أن الذكور والإناث من بني آدم في حكم جنسين، لأن ما هو المقصود بأحدهما لا يحصل بالآخر فالمقصود بالجارية الاستفراش والاستيلاد وشيء من ذلك لا يحصل بالغلام، فكان التفاوت بينهما في المقصود أبلغ من التفاوت بين الحنطة والشعير وبين الهرَوي والمرْوي من الثياب؛ وبه فارق سائر الحيوانات لأن ما هو المقصود بالعين فيهما لا يتفاوت في الذكور والإناث، وذلك اللحم أو الانتفاع من حيث الركوب أو الحمل عليه؛ وإنما التفاوت في صفة المقصود لا أصله فكان جنساً واحداً، كذلك ذكر في الأصل والله أعلم».

وجاء في **«الفتاوى الخانية»** (٢/ ١٣٤): «لو باع شيئاً معيناً وسماه باسم آخر، بأن قال: بعتك هذا الثوب على أنه هروي فإذا هو مروي، لا يجوز البيع، لأن الهروي مع المروي جنسان مختلفان لاختلاف الصفة، ثم اختلفوا أنه باطل أو فاسد. قال بعضهم: هو باطل لا يملك

بالقبض، وذكر الكرخي رحمه الله تعالى أنه فاسد. ولو باع فصًا على أنه ياقوت فإذا هو زجاج، أو أشار إلى مملوك فقال: بعتك هذا الغلام فإذا هو جارية، كان البيع باطلاً، لأنهما جنسان مختلفان فيكون هذا بيع المعدوم.

وجاء في «فتح القدير» (٥/ ٢٠٦): «وإن كانا من جنس واحد إلا أن اختلافهما بالصفة فاحش، كان أيضاً كاختلاف الجنس، فيكون البيع باطلاً... بل ليس الجنس في الفقه إلا المقول على كثيرين لا يتفاوت الغرض منها فاحشاً، فالجنسان ما يتفاوت الغرض منهما فاحشاً بلا نظر إلى الذاتي... والمعتبر في أنها جنسان أو جنس واحد تفاوت الأغراض تفاوتاً بعيداً فيكون من اختلاف الجنس، أو قريباً فيكون من الجنس الواحد، دون اختلاف الأصل يعني الذاتي. ولذا قالوا: الخل مع الدبْس... جنسان مع اتحاد أصلهما، بفحش تفاوت الغرض منهما... ومن المختلفين جنساً ما إذا باع فصًا على أنه ياقوت فإذا هو زجاج، فالبيع باطل».

وجاء في «البدائع» (٥/ ١٣٩ ـ ١٤٠): «وعلى هذا يخرج إذ قال: بعتك هذا الياقوت بكذا فإذا هو زجاج، أو قال: بعتك هذا الفص على أنه ياقوت بكذا فإذا هو زجاج، أو قال: بعتك هذا الثوب الهرَوي بكذا فإذا هو مرْوي، أو قال: بعتك هذا الثوب على أنه مرْوي فإذا هو هروي، لا ينعقد البيع في هذه المواضع لأن البيع معدوم... وكذا لو باع داراً على أن بناءها أجرّ فإذا هو لَبِن لا ينعقد، لأنهما يتفاوتان في المنفعة تفاوتاً فاحشاً فكانا كالجنسين المختلفين. وكذا لو باع ثوباً على أنه مصبوغ بعصفر، فإذا هو مصبوغ بزعفران، لا ينعقد، لأن العصفر مع الزعفران يختلفان في اللون اختلافاً فاحشاً... وكذا لو باع حنطة في جولق فإذا هو دقيق، أو شرط الدقيق فإذا هو خبز، لا ينعقد، لأن الحنطة مع الدقيق جنسان مختلفان، وكذا الدقيق مع الخبز. ألا ترى أن من غصب من آخر حنطة وطحنها ينقطع حق الملك، دل أنها تصير بالطحن شيئاً آخر، فكان بيع المعدوم فلا ينعقد».

وجاء في «الزيلعي» (٤/ ٥٣): «ثم إذا كان المعتبر هو المسمى عند اختلاف الجنس، يقع البيع باطلاً عند بعض المشايخ لأنه معدوم، وبيع المعدوم لا يجوز إلا في السلم. وقال بعضهم: إنه فاسد، وهو اختيار الكرخي، لأنه باع المسمى وأشار إلى غيره، فصار كأنه باع شيئاً بشرط أن يسلم غيره، وذلك فاسد. والإجارة مثل البيع لأنها تبطل بالشرط الفاسد. والنكاح وأشباهه لا يفسد بالشرط الفاسد».

مقارنة بالفقه الغربي:

ويتبين مما تقدم أن الغلط المانع في الفقه الإسلامي أوسع منه في الفقه الغربي. فالغلط يكون مانعاً في الفقه الإسلامي حتى لو اتحد الجنس ولكن تفاحش التفاوت في المنفعة، كما رأينا، أما في الفقه الغربي، فقد يتفاحش التفاوت في المنفعة، بل قد يختلف الجنس ـ يشتري شيئاً من فضة فإذا به من «برونز» ـ ويبقى الغلط مع ذلك غير مانع من تكوين العقد، ويقتصر على جعله قابلاً للإبطال.

(ب) فوات الوصف المرغوب فيه

التفاوت في المنفعة دون تفاحش:

أما إذا اتحد الجنس، ولكن تفاوتت المنفعة دون تفاحش في التفاوت، فإن الأمر يكون إذن مقتصراً على فوات وصف مرغوب فيه. فينعقد البيع صحيحاً نافذاً في هذه الحالة، ولكنه يكون غير لازم، إذ يثبت فيه خيار الوصف.

فإذا باع ياقوتاً أحمر، فإذا هو أصفر، أو عبداً كاتباً فإذا هو غير كاتب أو هو خابز، أو باع بقرة فإذا هي ثور، أو كبشاً فإذا هو نعجة، أو كتاباً لمؤلف معين فإذا هو كتاب لمؤلف آخر، أو داراً فيها بناء فإذا هي ليس فيها هذا البناء، أو ثوباً سداه من قز فإذا هو من خز (أما في اللحمة فإن الاختلاف يكون في الجنس)، أو ثوباً بطانته أو حشوه من صوف فإذا هي من قطن (أما في الظهارة فالاختلاف يكون في الجنس)، كان البيع في جميع هذه الأحوال صحيحاً لأن الغلط في المبيع لم يغير من جنسه، بل لم يتفاحش التفاوت في المنفعة بين ما طلبه المشتري وحقيقة المبيع. ولكن يثبت للمشتري خيار الوصف لأنه اشترى المبيع بوصف مرغوب فيه، ففوات هذا الوصف عليه يجعل له الخيار.

النصوص الفقهية:

وهذه هي بعض النصوص الفقهية التي تستخلص منها الأحكام المتقدمة جاء في **«الفتاوى الهندية»** (٣/ ١٤٠ ـ ١٤١): «وكذا لو اشترى كتاباً على أنه كتاب النكاح من تأليف محمد رحمه الله تعالى فإذا هو كتاب الطلاق أو كتاب الطب أو كتاب النكاح لا من تأليف محمد رحمه الله تعالى، قالوا: يجوز البيع لأن الكتاب هو السواد على البياض وذلك جنس واحد وإنما تختلف أنواعه وهو لا يمنع الجواز، ولو اشترى شاة على أنها نعجة فإذا هي معز، جاز البيع ويخير المشتري. ولو اشترى بعيراً على أنه خراس فلم يجده خراسيًّا، كان له أن يرده، كذا في **«فتاوى قاضيخان»**: «. . . وإن كان المشار إليه من جنس المسمى إلا أنه يخالف في الصفة، فالعقد جائز وللمشتري الخيار إذا رآه، كما لو اشترى فصّاً على أنه ياقوت أحمر فإذا هو أصفر، كذا في المحيط، اشترى قلنسوة على أن حشوها قطن، ففتقها المشتري فوجد الحشو صوفاً، اختلفوا فيه: قال بعضهم يفسد البيع فيردها المشتري ويرد معها نقصان الفتق، وقال بعضهم: يجوز البيع ويرجع بالنقصان، وهذا أصح هكذا في الظهيرية. ولو باع جبة على أن ظهارتها كذا وبطانتها كذا وحشوها كذا، فوجد الظهارة على ما شرط والبطانة والحشو على خلافه، فالبيع جائز ويتخير المشتري، وإن كانت الظهارة من غير ما شرط، فالبيع باطل، وإذا باع قباء على أن بطانته هروي فإذا هي مروي فالبيع جائز ويتخير المشتري وكذلك إذا قال: حشوه قز فإذا هو قطن، كذا في **«المحيط»**.

وجاء في **«البدائع»** (٥/ ١٤٠): وإذا قال: بعتك هذا الثوب القز فإذا هو مُلْحَم، ينظر إن كان سداه من القز ولحمته من غيره لا ينعقد، وإن كان لحمته من القز فالبيع جائز، لأن الأصل في الثوب هو اللحمة. . . فإذا كانت لحمته من غير القز فقد اختلف الجنس. . . وإذا كانت من القز فالجنس لم يختلف. . . إلا أنه يثبت الخيار للمشتري لأن كون السدي منه أمر مرغوب فيه». ولو

قال: بعتك هذه الدار على أن فيها بناء فإذا لا بناء فيها، فالبيع جائز والمشتري بالخيار إن شاء أخذ بجميع الثمن وإن شاء ترك، فرق بين هذا وبين ما إذا قال: بعتك هذه الدار على أن بناءها آجر فإذا هو لبن أنه لا ينعقد، ووجه الفرق أن الآجر مع اللبن يتفاوتان في المنفعة تفاوتاً فاحشاً فالتحقا بمختلفي الجنس على ما بينهما فيما تقدم».

وجاء في «**فتح القدير**» (٥/ ٢٠١): «ومن المختلفين جنساً ما إذا باع فصًّا على أنه ياقوت فإذا هو زجاج فالبيع باطل، ولو باعه ليلاً على أنه ياقوت أحمر فظهر أصفر صح ويخير، كما إذا باع عبداً على أنه خباز فإذا هو كاتب، كذا ذكره المصنف، وإن كانت صناعة الكتابة أشرف عند الناس من الخبز، كأن المصنف ممن لا يفرق من المشايخ بين كون الصفة التي ظهرت خيراً من الصفة التي عينت أولاً في ثبوت الخيار كما أطلق في «**المحيط**» ثبوت الخيار، وذهب آخرون منهم صدر الإسلام وظهير الدين إلى أنه إنما يثبت إذا كان الموجود أنقص، وصحح الأول لفوات غرض المشتري فإن الظاهر أن غرضه من يقوم بحاجته التي عينها لا بما ليس غرضاً له الآن[١]».

مقارنة بالفقه الغربي:

ويتبين مما تقدم أن فوات الوصف المرغوب فيه في الفقه الإسلامي تستغرقه الصفة الجوهرية في الفقه الغربي دون أن تقف عنده. فكل وصف مرغوب فيه يمكن أن يندرج تحت الصفة الجوهرية. ولكن الصفة الجوهرية تتسع كما رأينا، لأكثر من الوصف المرغوب فيه وتمتد في بعض تطبيقاتها إلى منطقة الغلط المانع.

ويتضح من ذلك أن الغلط في الشيء ليس، في الفقه الإسلامي بأقل أثر في سلامة العقد منه في الفقه الغربي، بل لعله يكون أبلغ أثراً. فقد رأينا أن اختلاف الجنس أو اتحاده مع تفاحش التفاوت قد لا يكون في الفقه الغربي أكثر من غلط في صفة جوهرية، فيقتصر على جعل العقد قابلاً للإبطال. وهو في الفقه الإسلامي يجعل العقد باطلاً، أو فاسداً في بعض الأقوال.

٢ ـ التنازع ما بين استقرار التعامل واحترام الإرادة الحقيقية

حالات ثلاثة:

في كل ما قدمناه لم ننظر للغلط إلا من حيث إنه يعيب الإرادة الحقيقية للعاقد، ولكن احترام الإرادة الحقيقية هو أحد اعتبارين يعني بهما المشرع. والاعتبار الثاني: هو استقرار التعامل. وكل

---

(١) انظر أيضاً «**المجلة**» المواد: (٧٢ و٢٠٨ و٣١٠ و٣١٢)، «**مرشد الحيوان**» (م٣٠١ وم ٣٨١). وانظر في تصرفات أخرى غير البيع؛ «**البدائع**» (٦/ ٢٣)، (الوكالة) و(١٧٨) (المزارعة) و(٧/ ١٣٨ ـ ١٣٩) (المكاتبة) و(١٨٩) (الإبراء) و(٣٣٥) (الوصية). وانظر في الوكالة أيضاً «**فتح القدير**» (٧/ ٢٧ ـ ٢٨)، «**مجمع الأنهر**» (٢/ ٢٢٧)، «**مرشد الحيران**» م(٩١٠)، وانظر في الإيجار البدائع (٤/ ١٨١)، «**البحر الرائق**» (٨/ ١٦ ـ ١٧ و٣٦ ـ ٣٧)، «**فتح القدير**» (٨/ ٦٠)، «**ابن عابدين**» (٥/ ٤ و٢٤)، «**مرشد الحيران**» م(٥٦٧).

من هذين الاعتبارين يتعارض مع الاعتبار الآخر. فاحترام الإرادة الحقيقية قد ينتهي إلى التضحية باستقرار التعامل، واستقرار التعامل قد يتنافى مع احترام الإرادة الحقيقية. والفقه الإسلامي وقف ما بين الاعتبارين موقفاً معتدلاً، هو أقرب إلى موقف القوانين الجرمانية (وهي لا تضحي استقرار التعامل في سبيل احترام الإرادة الحقيقية) منه إلى موقف القوانين اللاتينية (وهي أكثر ميلاً إلى إيثار الإرادة الحقيقية على استقرار التعامل).

فالفقه الإسلامي، حيث يخشى الزعزعة والتقلقل في التعامل ما بين الناس، يضحي بالإرادة الحقيقية، فلا يعتد بالغلط، وذلك حتى يكفل استقرار التعامل. وحيث يطمئن إلى أن استقرار التعامل مكفول، يعنى باحترام الإرادة الحقيقية، ويعتد عندئذ بالغلط.

ونستعرض حالات ثلاثاً:

١ ـ في الأولى: منها لا يكشف المتعاقد عن إرادته الحقيقية ولا تكون هذه الإرادة مكشوفة، فلا يعتد الفقه الإسلامي بها ولا بما يشوبها من الغلط، لأنها بقيت محجوبة عن التعاقد الآخر فلم يكن له من سبيل للتعرف عليها. وعند ذلك يكون العاقد الآخر غير عالم بالغلط وليس من السهل عليه أن يتبينه. وفي هذا لا يزيد الفقه الإسلامي على الفقه الغربي في عدم الاعتداد بالغلط.

٢ ـ وفي الثانية: يكشف العاقد عن إرادته الحقيقية أو تكون هذه الإرادة مكشوفة، فيعتد الفقه الإسلامي بها وبما يشوبها من الغلط، لأن هذه الإرادة انكشفت للعاقد الآخر أو كان يستطيع أن يتبينها. وعند ذلك يكون العاقد الآخر عالماً بالغلط، أو يسهل عليه أن يتبينه. وفي هذا لا يقل الفقه الإسلامي عن الفقه الغربي في الاعتداد بالغلط.

٣ ـ وفي الثالثة: يعتد الفقه الإسلامي بالإرادة الحقيقية وبما يشوبها من الغلط، سواء انكشفت هذه الإرادة للعاقد الآخر أو لم تنكشف وفي هذا يزيد الفقه الإسلامي عن الفقه الغربي في الاعتداد بالغلط.

(أ) عدم الاعتداد بالغلط لأن العاقد لم يكشف عن إرادته ولم تكن هذه الإرادة مكشوفة

لا يعتد بالغلط إذ استقل به أحد العاقدين:

وإذا وقع أحد العاقدين في غلط، ولكنه لم يشكف عن إرادته الحقيقية للعاقد الآخر، فلم يعلم الآخر بهذا الغلط، فإن الغلط في هذه الحالة يكون شيئاً مستتراً مستكنًا في ضمير العاقد الذي وقع في الغلط. فما ذنب العاقد الآخر لو أننا اعتدينا بالغلط، ونقضنا العقد من أجله! وكيف يستقر التعامل بين الناس إذا نحن فعلنا ذلك! لا شك في أن الواجب هنا هو إيثار استقرار التعامل على احترام الإرادة الحقيقية، فلا يعتد بالغلط. وهذا ما فعله الفقه الغربي. وهذا هو أيضاً ما يبدو أن الفقه الإسلامي قد فعله، وبخاصة إذا لاحظنا أنه فقه ذو نزعة موضوعية واضحة.

ونأتي ببعض النصوص الفقهية في هذه المسألة. جاء في **«الحطاب»** (٤/ ٤٦٦): «سئل مالك عمن باع مصلى، فقال المشتري: أتدري ما هذا المصلى هي والله خز، فقال البائع: ما علمت أنه

خز، ولو علمت ما بعته بهذا الثمن. قال مالك: هو للمشتري، ولا شيء للبائع، لو شاء استبرأه قبل بيعه، وكذا لو باع مرويًا، ثم قال: لم أعلم أنه مروي، إنما ظننته كذا وكذا. أرأيت لو قال: مبتاعه ما اشتريته إلا ظنًا أنه خز وليس بخز، فهذا مثله». وفي هذه الأمثلة نرى أن البائع يبيع مصلى من خز أو ثوباً مرويًا وهو لا يدري أن المصلى من خز أو أن الثوب مروي، ويشتريه المشتري وهو عالم بحقيقة المبيع. أو يشتري المشتري المصلى أو الثوب، ظانًا أن المصلى من خز أو أن الثوب مروي، ولا يعلم البائع حقيقة المبيع. ففي كل هذه الفروض لا يعتد بالغلط لأن أحد العاقدين قد استقل به، وفي ذلك رعاية لاستقرار التعامل:

تسمية العاقد الشيء باسم يصلح له وتسمية الشيء بغير اسمه:

ويشترط فيما قدمناه أن يسمى العاقد الشيء باسم يصلح له على كل حال. «مثله - كما يقول **«الحطاب»** - قول البائع: أبيعك هذا الحجر، فإذا هو ياقوتة... فيلزم البائع البيع وإن علم المشتري أنها ياقوتة». فهنا وقع البائع في الغلط، ولكنه سمى الشيء باسم يصلح له، إذ سمى الياقوتة حجراً، فلم يكشف عن غلطه فلم يعلم هذا به، فلا يعتد بهذا الغلط حتى لا يفاجأ المشتري بفسخ العقد.

وأما إذا سمى أحدهما الشيء بغير اسمه. مثل أن يقول البائع: أبيعك هذه الياقوتة فيجدها غير ياقوتة، أو يقول: المشتري بع مني هذه الزجاجة ثم يعلم البائع أنها ياقوتة، فلا خلاف في أن الشراء لا يلزم المشتري والبيع لا يلزم البائع». **«الحطاب»** (٤/ ٤٦٦). فهنا وقع أحد العاقدين في الغلط ولكنه كشف عن غلطه للعاقد الآخر بأن سمى الشيء بغير اسمه، فعلم العاقد الآخر بالغلط، ومن ثم لا يفاجأ بالفسخ إذا لم يلزم العقد[1].

كذلك إذا: قال: أخرج لي ثوباً مرويًا بدينار، فأخرج له ثوباً أعطاه إياه، ثم وجده من أثمان أربعة دنانير، هذا يحلف ويأخذ ثوبه». فهنا يعلم كل من البائع والمشتري أن المبيع ثوب مروي بدينار، فإذا أخذ المشتري ثوباً بأربعة دنانير، فلا يفاجأ الفسخ إذا حلف البائع وأخذ ثوبه.

ويتبين مما تقدم أن البائع إذا باع الياقوتة وهو يسميها حجراً، غير عالم أنها ياقوتة، فلا يعتد بغلطه لأنه لم يكشف عنه للمشتري. أما إذا باع الثوب المروي بدينار، ولكنه يخرج ثوباً بأربعة، فإنه يكون قد كشف عن غلطه، فجاز له فسخ البيع، هذا إلى أن البائع في الحالة الأولى مقصر فيما وقع فيه من الغلط، إذ كان يستطيع أن يصل إلى العلم بحقيقة المبيع قبل بيعه، فيعلم أن الحجر الذي يبيعه إنما هو ياقوت، فغلطه هنا غلط غير مغتفر. أما في الحالة الثانية فالغلط يصعب الاحتراز منه، فهو غلط مغتفر. وفي هذا المعنى يقول **«الحطاب»** (٤/ ٤٦٧): «ووجه تفرقة مالك

---

(١) ويقول الدسوقي (٣/ ١٤١): «والحاصل أن البائع إذا جهل ذات المبيع أي لم يعلم باسمه الخاص، فإن سماه باسم عام فلا رد، وإن سماه باسم خاص فإذا هو ليس المسمى بذلك الاسم الخاص فله الرد، سواء كان مسمى باسم خاص آخر أو كان مسمى بالاسم العام». انظر أيضاً **«الصاوي»** (٣/ ٦٣)، **«الخرشي»** (٥/ ١٥٢)، **«جواهر الإكليل»** للشيخ صالح عبد السميع الآبي (٢/ ٤٩)، **«شرح البهجة»** للشيخ زكريا الأنصاري (٢/ ٤٥٥).

بين الذي يبيع الياقوتة جاهلاً وبين من قصد إخراج ثوب بدينار فأخرج ثوباً بأربعة أن الأول جهل وقصر إذا لم يسأل من يعلم ما هو، والثاني غلط والغلط لا يمكن التوقي منه فيكون له أن يحلف ويأخذ ثوبه»[١].

(ب) الاعتداد بالغلط لأن العاقد كشف عن إرادته أو كانت هذه الإرادة مكشوفة

كيف تكشف إرادة العاقد:

قدمنا أن العاقد الذي وقع في الغلط إذا انكشفت إرادته الحقيقية للعاقد الآخر، فانكشف بذلك غلطه، فإن الغلط يعتد به، إذ لا يقوم هنا تعارض بين استقرار التعامل واحترام الإرادة الحقيقية، وفي الاعتداد بالغلط احترام للإرادة الحقيقية دون أن يخل ذلك باستقرار التعامل، بقي أن نعرف كيف تنكشف إرادة العاقد.

الطريق المباشر لانكشاف إرادة العاقد هو أن يتولى العاقد ذلك بنفسه فيكشف عن إرادته للعاقد الآخر عن طريق التصريح بها. وقد لا يصرح العاقد بإرادته ولكن يمكن استخلاص هذه الإرادة دلالة من الملابسات وظروف الحال، كذلك يجوز أن نستخلص هذه الإرادة من طبائع الأشياء. فهذه طرق ثلاثة لانكشاف الإرادة: الكشف الصريح عنها، واستخلاصها ضمناً من الملابسات وظروف الحال، واستخلاصها ضرورة من طبائع الأشياء.

الكشف الصريح عن الإرادة:

يكشف العاقد كشفاً صريحاً عن إرادته إذا هو عيَّن للعاقد الآخر الشيء المعقود عليه تعييناً نافياً للجهالة، وذكر له جميع الأوصاف التي يشتمل عليها الشيء بحيث لو فات وصف منها لرغب عن التعاقد.

ويحصل ذلك عادة بتسمية الشيء أو بالإشارة إليه، وقد تجتمع التسمية والإشارة. وفي مذهب مالك يجوز البيع على الوصف وهو ما يعرف بالبيع على البرنامج.

والتسمية كشف عن الإرادة الحقيقية، أما الإشارة فكشف عن الإرادة الظاهرة. فإذا اجتمعت التسمية والإشارة، فهذا هو اجتماع الإرادة الحقيقية والإرادة الظاهرة. وفي أكثر الأحوال تتفق الإرادتان، فيكون العاقد قد كشف عن إرادته، حقيقية كانت أو ظاهرة فهما شيء واحد، ويتطابق الشيء المسمى مع الشيء المشار إليه، فلا يكون هناك محل للغلط.

أما إذا اختلفت التسمية مع الإشارة، أي تعارضت الإرادة الحقيقية مع الإرادة الظاهرة، فما دام العاقد الآخر قد علم بالتسمية، فإنه يكون بذلك عالماً بالإرادة الحقيقية. وتكون العبرة بالإرادة الحقيقية لا بالإرادة الظاهرة. ولا ضير في ذلك على استقرار التعامل، إذ العاقد الآخر قد علم

---

(١) انظر أيضاً هذا الموضوع في «**المدونة الكبرى**» (١٠/ ٤٩ ـ ٥٠)، «**المنتزع المختار**» (٣/ ١٣٧ ـ ١٣٨).

بالإرادة الحقيقية كما قدمنا، فلا وجه للقول بأنه يفاجأ بها. فإن كان المشار إليه من خلاف جنسي المسمى أو من جنسه ولكن مع تفاوت فاحش في المنفعة، كان الغلط مانعاً كما قدمنا، ولا ينعقد العقد. وإن كان من جنسه لكن يخالفه في الصفة دون أن يكون التفاوت فاحشاً، فإن العقد ينعقد على المشار إليه لأنه من جنس المسمى، إلا أن العاقد في التسمية قد ذكر وصفاً مرغوباً فيه فلم يجده فيثبت له الخيار. وقد جاء في **«المبسوط»** (١٣/ ١٢ ـ ١٣) في هذا الصدد ما يأتي: «والأصل في هذا الجنس أن من جمع كلامه بين الإشارة والتسمية، فإن كان المشار إليه من خلاف جنس المسمى فالبيع باطل، لأن انعقاد العقد بالتسمية، فإن ما ينعقد على المسمى، وهو معدوم، وإن كان المشار إليه من جنس المسمى فالبيع جائز، لأن التسمية تتناول ما وقعت الإشارة إليه، فكانت الإشارة من يده مؤيدة للتسمية، فينعقد العقد بالمشار إليه وهو مال، إلا أنه إن كان المشار إليه دون المسمى فللمشتري الخيار لفوات شرطه، كما لو اشترط في العبد أنه كاتب فوجده غير كاتب». وجاء في **«فتح القدير»** (٥/ ٢٠٦): «إذا اجتمع تسمية وإشارة إلى شيء. . . كانت العبرة للتسمية، لأن التسمية أبلغ في التعريف من الإشارة، لأن الإشارة تعرف الذات الحاضرة، والتسمية تعرف الحقيقة المندرجة فيها تلك الذات وغيرها من ذوات لا تحصى معروفة عند العقل بأشباهها لتلك الذات وغيرها. ونحن في مقام التعريف، فيتعلق بما تعريفه أبلغ. وحينئذ يبطل العقد لعدم المبيع الذي هو المسمى. ذكره المصنف، وهو الظاهر من قول محمد فإنه عبر هنا بقوله فلا بيع بينهما. وقيل: بل هو فاسد. وإن كانا من جنس واحد إلا أن اختلافهما بالصفة فاحش، كان أيضاً كاختلاف الجنس، فيكون البيع باطلاً، وإن كان قليلاً، اعتبرت الإشارة، فينعقد البيع لوروده على مبيع قائم، إلا أنه ذكر فيه وصفاً مرغوباً فيه، فلم يجده المشتري، فيثبت له الخيار». وجاء في **«الزيلعي»** (٤/ ٥٢ ـ ٥٣): «ثم في مختلفي الجنس يتعلق العقد بالمسمى إذا اختلف فيه المسمى والمشار إليه، لأن التسمية أبلغ في التعريف من الإشارة. لأن الإشارة لتعريف الذات، فإنه إذا قال: هذا صار الذات معيناً ولا يشاركه فيه غيره. والتسمية لأعلام الماهية، وهو أمر زائد على أصل الذات، فكان أبلغ في التعريف، ويحتاج في مقام التعريف إلى ما هو أبلغ فيه. فكانت الإشارة أولى بالاعتبار في متحدي الجنس، لأن المسمى موجود في المشار إليه ذاتاً والوصف يتبعه، فأمكن الجمع بينهما بأن تجعل الإشارة للتعريف والتسمية للترغيب، فيثبت له الخيار عند فوات الوصف المرغوب فيه. بخلاف مختلفي الجنس، لأن المسمى فيه مثل المشار إليه وليس بتابع له، فلا يمكن أن يجعل أحدهما تبعاً للآخر، فيعتبر الأعرف عند تعذر الجمع بينهما. وهذا هو الأصل في العقود كلها، كالإجارة والنكاح والصلح عن دم العمد والخلع والعتق على مال». (انظر أيضاً **«الأشباه والنظائر»** لابن نجيم ١٨٩).

وفي البيع على الوصف في مذهب مالك، وهو ما يعرف بالبيع على البرنامج، يكشف العاقد عن إرادته الحقيقية في شأن المبيع، بأن تذكر أوصافه في دفتر مكتوب، فيشتريه المشتري على هذه الأوصاف، فإن وجدت لزم البيع، وإلا خير المشتري. ذلك أن البائع والمشتري قد اتفقا اتفاقاً صريحاً على أوصاف المبيع، وهي الأوصاف المكتوبة في البرنامج. فإذا رضي المشتري بالبيع، ثم وجده على غير هذه الأوصاف، كان رضاؤه مشوباً بغلط. ووجب الاعتداد بهذا الغلط، لأن

المشتري قد كشف عن إرادته الحقيقية للبائع، بشرائه على الأوصاف المذكورة في البرنامج. وقد جاء في «الدسوقي» (٣/ ٢٤ ـ ٢٥) في البيع على البرنامج ما يأتي: «وجاز بيع وشراء معتمداً فيه على الأوصاف المكتوبة في البرنامج. . . أي الدفتر المكتوب فيه أوصاف ما في العدل من الثياب المبيعة لتشتري على تلك الصفة للضرورة، فإن وجد على الصفة لزم، وإلا خير المشتري. . . وإن اشترى على رؤية متقدمة، فادعى المشتري أنه ليس على الصفة التي رآه عليها، وادعى البائع أنه عليها، حلف البائع على بقاء الصفة التي رآه المشتري عليها ولم يتغير. إن شك، أي حصل شك هل تغير فيما بين الرؤية والقبض أم لا، فإن قطع أهل المعرفة بعدم التغير فالقول للبائع بلا يمين، وإن قطع بالتغير فالقول للمشتري كذلك، وإن رجحت لواحد منهما فالقول له بيمين». وجاء في «الصاوي» (٢/ ١١ ـ ١٣): «وجاز البيع. . . على رواية البرنامج؛ الدفتر المكتوب فيه صفة ما في العدل من الثياب المبيعة. أي يجوز أن يشتري ثياباً مربوطة في العدل، معتمداً فيها على الأوصاف المذكورة في الدفتر، فإن وجدت على الصفة لزم، وإلا خير المشتري إن كانت أدنى صفة». وجاء في «المدونة الكبرى» (١٠/ ٤٤ ـ ٤٥): «وقول مالك في الرجل يقدم له أصناف من البز فيحضره السوام، ويقرأ عليهم برنامجه. ويقول في عدل كذا وكذا ملحفة بصرية، وكذا وكذا رائطة سابرية وذرعها كذا وكذا، ويسمي أصناف ذلك البز بأجناسه وذرعه وصفته، ثم يقول: اشتروا على هذا، فيشترون، ويخرجون الأعدال على ذلك، فيفتحونها فيستغلون ويبرمون. إن ذلك لازم هم إذا كان ذلك موافقاً للبرنامج الذي باعه عليه. قال مالك: فهذا الذي لم يزل الناس يجيزونه بينهم، إذا لم يكن المتاع مخالفاً لصفة البرنامج. فكفى بقول مالك حجة، فكيف وقد أخبر أنه فعل الناس، مع ما ذكرنا من الآثار في ذلك». والظاهر أن الذي يميز بيع البرنامج أن المشتري يبتاع شيئاً على الوصف، فإن وجد مطابقاً لهذا الوصف لم يكن له خيار حتى لو كان لم ير الشيء قبل أن يبتاعه، فهو بيع لا يثبت فيه خيار الرؤية.

استخلاص الإرادة ضمناً من الملابسات وظروف الحال:

وليس من الضروري أن يكشف العاقد عن إرادته الحقيقية للعاقد الآخر عن طريق التصريح بها. بل يكفي أن يكون في استطاعة العاقد الآخر أن يستخلص هذه الإرادة ضمناً من الملابسات وظروف الحال. ففي الحالة الأولى، حالة التصريح بالإرادة، يكون العاقد الآخر قد علم بالإرادة الحقيقية فعلم بالغلط تبعاً لذلك. وفي الحالة الثانية، حالة استخلاص الإرادة من ظروف الحال، يكون في استطاعة العاقد الآخر أن يعلم بالإرادة الحقيقية فيعلم بالغلط. وفي الحالتين، سواء كان العاقد الآخر يعلم بالغلط أو يستطيع أن يعلم به، لا وجه للقول أنه يفاجأ بالغلط إذا هو ووجه به، فلا ضير على استقرار التعامل إذن من الاعتداد بالغلط وإثبات الخيار لمن وقع فيه.

ويتفرع على ذلك أن من اشترى عبداً شهرته أنه خباز أو أنه كاتب، فوجده المشتري على غير ذلك، فإن الملابسات، وهي هذه الشهرة التي عرف بها العبد، تدل على أن الوصف المرغوب فيه هو المهارة في الخبز أو في الكتابة. وقد فات هذا الوصف، فيكون للمشتري الخيار، ولو لم يصرح في العقد بالوصف المرغوب فيه، إذ هو مفهوم ضمناً من الملابسات وظروف الحال.

كذلك من اشترى ناقة فوجدها بعيراً، فإن كان المشتري بدويًا يقتات باللبن فإن ظروف الحال يستخلص منها أنه اشترى الناقة للبنها فيخير، وأما إن كان صاحب أسفار يتنقل فالبعير أصلح له من الناقة ولا خيار له. ومن اشترى بقرة فوجد أن لبنها قد نضب، فإن كانت مهنته الحلب كانت المهنة دليلاً على اللبن وصف مرغوب فيه فيخير، وأما إن كان قصاباً فمهنته تدل على أن مراده اللحم لا اللبن فلا يكون له خيار. جاء في **«البحر الرائق»** (٦/ ٢٦) في هذا المعنى ما يأتي: «اعلم أن اشتراط الوصف المرغوب فيه إما أن يكون صريحاً أو دلالة، كما في **«البدائع»** في خيار العيب: والجهل بالطبخ والخبز في الجارية ليس بعيب لكونه حرفة كالخياطة، إلا أن يكون ذلك شرطاً في العقد. وإن لم يكن مشروطاً في العقد، وكانت تحسن الطبخ والخبز في يد البائع ثم نسيت في يده، فاشتراها فوجدها لا تحسن ذلك، ردها، لأن الظاهر أنه إنما اشتراها رغبة في تلك الصفة، فصارت مشروطة دلالة، وهو كالمشروط نصًا». وجاء في **«ابن عابدين»** (٤/ ٩٤): «وينبغي في مسألة البعير والناقة أن يكون في العرب وأهل البوادي، وأما أهل المدن والمكارية فالبعير أفضل».

ومما يدل على أن العرف له اعتبار في استخلاص ما إذا كان الوصف مرغوباً فيه ما جاء في **«البحر الرائق»** (٦/ ٢٥): «وصحح قاضيخان أنه لو باع جارية على أنها حامل أن البيع جائز، لأنه بمنزلة شرط البراءة من البيع، إلا أن يكون في بلد يرغبون في شراء الجواري لأجل الأولاد». فالحمل في الجارية دل عرف البلد على أنه وصف مرغوب فيه لا على أنه عيب. والفرق بين الوصف المرغوب فيه والعيب هنا أنه لو تبين بعد البيع أن الجارية ليس بحامل، فلو كان الحمل وصفاً مرغوباً فيه ردها المشتري لفوات هذا الوصف، لو كان الحمل عيباً لما جاز له ردها لأنه وجدها سليمة من العيب.

وقد تستخلص إرادة العاقد من ظروف المكان. فمن باع حجراً في سوق الجواهر دل على أنه يبيع جوهرة، فإن لم تكن ذلك كان للمشتري ردها وإن لم يشترطه صراحة في العقد. جاء في **«الحطاب»** (٤/ ٤٦٦ ـ ٤٦٧): «وقد قال بعض الشيوخ: إنه إذا باع الحجر في سوق الجوهر فوجده حجراً كان للمبتاع القيام وإن لم يشترط أنه جوهر. وإن باعه في غير... سوق الجوهر لم يكن له قيام على هذا القياس».

استخلاص الإرادة ضرورة من طبائع الأشياء ـ خيار العيب:

ومن صور استخلاص الإرادة دلالة أن تستخلص ضرورة من طبائع الأشياء. وهذا هو خيار العيب، ويسميه صاحب **«البدائع»** (٥/ ٢٧٣) خياراً ثابتاً بالشرط دلالة، ذلك أن العاقد، ما لم يشترط البراءة من العيوب في الشيء الذي يتعامل فيه، يكون قد كفل للعاقد الآخر ـ دلالة ودون حاجة إلى شرط صريح ـ سلامة المعقود عليه من العيوب. ويرجع في تحديد العيب إلى طبيعة الشيء نفسه، فما يتنافى مع طبيعة الشيء على تقدير أنه سليم يعد عيباً فيه. والعيب ما تخلو عنه أصل الفطرة السليمة مما يعد به ناقصاً **«فتح القدير»** (٥/ ١٥١). ومن اشترى شيئاً دون أن ينبهه البائع إلى وجود عيب فيه، فمن حقه أن يحسب أن الشيء خال من العيوب، ومن واجب البائع أن يتوقع أن يكون المشتري على هذا اليقين. فإذا وجد المشتري عيباً في الشيء كان له أن يرده، دون

أن يكون هناك وجه للقول بأن البائع يفاجأ بهذا الرد، ودون أن يكون هناك إخلال باستقرار التعامل، فسلامة الشيء من العيوب شرط ضمني في العقد تقتضيه طبائع الأشياء. فإذا ظهر عيب في الشيء، تبين أن المشتري كان واهماً عندما اعتقد أن الشيء سليم من العيب، ومن هنا كان خيار العيب متصلاً أوثق الاتصال بنظرية الغلط، بل هو ليس إلا صورة من صوره المتعددة.

وكل ما يوجب نقصان الثمن في عادة التجار نقصاناً فاحشاً أو يسيراً فهو عيب يوجب الخيار. ويشترط فيه جهل المشتري بوجوده عند العقد والقبض، فإن كان عالماً به عند أحدهما فلا خيار له. لأن الإقدام على الشراء. مع العلم بالعيب رضاء به دلالة. وكذا إذا لن يعلم عند العقد ثم علم بعد القبض، لأن تمام الصفقة متعلق بالقبض، فكان العلم عند القبض كالعلم عند العقد. ويشترط أيضاً عدم اشتراط البراءة من العيب. ثم إن خيار العيب يسقط بالرضاء بالعيب بعد العلم به، لأن حق الرد لفوات السلامة المشروطة في العقد دلالة، ولما رضي بالعيب بعد العلم به دل على أنه ما شرط السلامة، ولأنه ثبت نظراً للمشتري دفعاً للضرر عنه، فإذا رضي بالعيب فلم ينظر لنفسه ورضي بالضرر(١).

ومما يقطع في أن السلامة من العيب مشروطة في العقد دلالة، وأنها إذا لم تتوافر فقد اختل رضاء العاقد لما وقع فيه من الغلط ووجب له الخيار، ما جاء في «البدائع» (٥/ ٢٧٤) إذ يقول: «وحكم المبيع بعيب هو ثبوت الملك للمشتري في المبيع للحال، ولكنه ملك غير لازم. لأن السلامة شرط في العقد دلالة. . . والدليل على أن السلامة مشروطة في العقد دلالة أن السلامة في المبيع مطلوبة المشتري عادة. . . لأن غرضه الانتفاع بالبيع ولا يتكامل انتفاعه إلا بقيد السلامة. ولأنه لم يدفع جميع الثمن إلا ليسلم له جميع المبيع، فكانت السلامة مشروطة في العقد دلالة، فكانت كالمشروطة نصًّا، فإذا فاتت المساواة كان له الخيار. . . ولأن السلامة لما كانت مرغوب المشتري ولم يحصل، فقد اختل رضاه، وهذا يوجب الخيار لأن الرضا شرط صحة البيع، قال الله تعالى: ﴿يَـٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوا۟ لَا تَأْكُلُوٓا۟ أَمْوَٰلَكُم بَيْنَكُم بِٱلْبَـٰطِلِ إِلَّآ أَن تَكُونَ تِجَـٰرَةً عَن تَرَاضٍ مِّنكُمْ﴾ [النساء: ٢٩]. فانعدام الرضا يمنع صحة البيع، واختلاله يوجب الخيار فيه، إثباتاً للحكم على قدر الدليل».

وهذا القدر يكفي في إثبات أن خيار العيب صورة من صور نظرية الغلط، ولا حاجة للخوض في تفصيلات خيار العيب، فهي مدونة في كتب الفقه، ومكانها في هذه الكتب معروف(٢).

---

(١) منقول عن البائع بلفظه، انظر (٥/ ٢٧٤ و٢٧٦ و٢٨٢).

(٢) انظر «المبسوط» (١٣/ ٩١ ـ ١٢١)، «البدائع» (٥/ ٢٧٣ ـ ٢٩١)، «فتح القدير» (٥/ ١٥١ ـ ١٨٣)، «البحر الرائق» (٦/ ٣٥ ـ ٦٨)، «الزيلعي» (٤/ ٣١ ـ ٤٣)، «ابن عابدين» (٤/ ١٠٩ ـ ١٥٣)، «الحطاب» (٤/ ٤٢٨ ـ ٤٦٦)، «الحرشي» (٥/ ١٢٥ ـ ١٥٢)، «الدسوقي» (٣/ ١٠٩ ـ ١٤٠)، «الصاوي» (٢/ ٤٩ ـ ٦٣)، «المهذب» (١/ ٢٨٢ ـ ٢٨٨)، «المغني» (٤/ ٢٣٨ ـ ٢٥٩).

(جـ) الاعتداد بالغلط ولو لم يكشف العاقد عن إرادته

خيار الرؤية يقوم في أساسه على فكرة الغلط:

يثبت الفقه الإسلامي لمن اشترى شيئاً لم يره الخيار إذا رآه[١]. وخيار الرؤية هذا إنما يقوم في أساسه على فكرة الغلط. ذلك أن المشتري الذي يرد الشيء بعد رؤيته يفترض فيه أنه لم يجده على الحال التي ظنها، وكان يعتقد قبل رؤيته أنه يصلح له، فمنذ رآه أدرك أنه لا يصلح، وأنه كان على غلط في شأنه ولهذا كان له أن يرده بخيار الرؤية، لما روي عن رسول الله ﷺ أنه قال: من اشترى شيئاً لم يره، فهو بالخيار إذا رآه. فأساس هذا الخيار، كما نرى، هو غلط المشتري في شيء لم تسبق له رؤيته. ومما يقطع في أن هذا الخيار متصل بالرضاء وأن السبب فيه هو اختلال الإرادة لما شابها من الغلط ما جاء في «**البدائع**» (٥/ ٢٩٢): «أن شراء ما لم يره المشتري غير لازم... لأن جهالة الوصف تؤثر في الرضا فتوجب خللاً فيه. واختلال الرضا في البيع يوجب الخيار. ولأن من الجائز اعتراض الندم لما عسى لا يصلح له إذا رآه، فيحتاج إلى التدارك، فيثبت الخيار لإمكان التدارك عند الندم نظراً له».

وهنا نجد العاقد ـ أي المشتري ـ لم يكشف عن إرادته، فلم يعلم بها العاقد الآخر. ومع ذلك نعتد بالغلط الذي وقع فيه. فالغلط هنا، كما نرى، غلط فردي لا يعلم به العاقد الآخر ولا يستطيع أن يعلم به. وإنما اعتددنا به احتراماً للإرادة الحقيقية للمشتري، دون أن نخشى شيئاً على استقرار التعامل ذلك أن الخيار لا يثبت إلا في شيء لم يره المشتري، فما على البائع، إذا أراد أن يطمئن إلى لزوم الصفقة، إلا أن يمكن المشتري من رؤية المبيع قبل التعاقد. أما ولم يفعل، فذلك تسليم منه بالخيار. ولا وجه بعد ذلك القول بأن البائع يفاجأ بدعوى الغلط، إذا اختار المشتري رد المبيع بعد رؤيته.

ونحن لم نفترض فحسب أن المشتري يرد البيع بعد رؤيته بسبب الغلط، بل افترضنا أيضاً أن هذا الغلط ثابت، إذ صدقنا المشتري بدعواه دون أن نلزمه بإقامة البينة. فكأن البائع، إذا باع شيئاً لم يره المشتري قبل الشراء، يكون قد احتكم لذمة المشتري دون يمين، فيما إذا ادعى المشتري أنه قد وقع في غلط. وهذا معناه أن الفقه الإسلامي يعتد بالغلط إلى مدى أبعد من الفقه الغربي، ما دام قد اطمأن إلى استقرار التعامل.

خيار الرؤية يثبت للمشتري لأن غلطه مغتفر:

ومما يدل على أن خيار الرؤية إنما يثبت للمشتري لغلط مغتفر في المبيع، وأن الأمر في ذلك متروك لمحض تقديره الشخصي، ما يأتي:

---

(١) بشرط أن يكون المبيع مما يتعين بالتعيين، لأن الفسخ إنما يرد على المملوك بالعقد، وما لا يتعين بالتعيين لا يملك بالعقد وإنما يملك بالقبض، فلا يرد عليه الفسخ. ولهذا يثبت خيار الرؤية لا في البيع فحسب، بل أيضاً في الإجارة والصلح عن دعوى المال والقسمة ونحو ذلك، لأن هذه العقود تنفذ برد هذه الأشياء، فيثبت فيها خيار الرؤية «**البدائع**» (٥/ ٢٩٢).

١ ـ أن المشتري إذا اشترى الشيء وهو يراه فلا خيار له. ذلك أن افتراض الغلط المغتفر قد انتفى بالرؤية، وهو إذا لم ينتف بالرؤية، كان الغلط غير مغتفر، لأن المشتري يكون مقصراً إذا هو لم يتبين أن المبيع لا يصلح به بعد أن رآه. كذلك الحال لو رأى المشتري المبيع قبل الشراء، وبقي المبيع على حاله إلى وقت الشراء، فإن كان قد تغير عن حاله، فله الخيار.

٢ ـ وقت ثبوت الخيار هو وقت الرؤية لا قبلها. حتى لو أجاز المشتري البيع قبل الرؤية، ثم رأى المبيع، فإن له مع ذلك أن يرده. وذلك أن المبيع قبل الرؤية مجهول الوصف، فلا يزال المشتري على دعواه في الغلط المغتفر ما دام أنه لم ير الشيء، حتى لو أجاز البيع قبل ذلك.

٣ ـ يسقط خيار الرؤية بالإجازة بعد الرؤية، صراحة كانت الإجازة أو دلالة، كأن يوجد من المشتري تصرف في المبيع بعد الرؤية يدل على الرضاء، أو تصرف فيه تصرف الملاك، أو امتنع عن الفسخ بعد أن تمكن من ذلك. فالإجازة الصريحة أو الضمنية يستخلص منها نفي قرينة الغلط المغتفر في جانب المشتري، وهو الإجازة دل على أنه راض بالشيء ولم يشب رضاءه غلط فيه.

٤ ـ موت المشتري يسقط خياره عند أبي حنيفة. ذلك أن الغلط المغتفر، الذي هو سبب الخيار، خاص به هو دون ورثته، وراجع إلى محض تقديره الشخصي لصلاحية المبيع له، فلا ينتقل الخيار إلى ورثته.

٥ ـ إذا اختار المشتري الفسخ، انفسخ العقد دون حاجة إلى التراضي أو قضاء القاضي. ذلك أن المشتري يصدق بقوله دون يمين لأن الأمر متروك إلى محض تقديره، فصح الفسخ من غير تراض أو قضاء.

خيار الرؤية لا يثبت للبائع لأن غلطه غير مغتفر:

ولا يثبت خيار الرؤية للبائع، لأن الشيء الذي يبيعه كان في يده أو كان من المستطاع أن يحصل عليه في يده، فيتمكن من رؤيته. فأما وقد باعه دون أن يراه، ثم ظهر أن الشيء أجود مما ظن، فإنه يكون قد قصر إذ لم يتبين حقيقة الشيء قبل بيعه مع تمكنه من ذلك، والغلط المقترن بتقصير ممن وقع فيه يكون غلطاً غير مغتفر. والغلط غير المغتفر لا يعتد به.

ثم إن البائع إنما يكون قد غلط لأنه قدر أن المبيع أقل جودة من حقيقته، وهذا بخلاف المشتري فغلطه يرجع إلى تقديره أن المبيع أكثر جودة من حقيقته. والمشتري إذا اشترى شيئاً على أنه جيد فإذا هو رديء، كان له الخيار. أما البائع فإذا باع شيئاً على أنه رديء، فإذا هو جيد، فلا خيار له. وقد جاء في «**البدائع**» (٥/ ٢٩٢) في هذا الصدد ما يأتي:

وأما بيع ما لم يره البائع فهل يلزم: روي عن أبي حنيفة رحمه الله أنه كان يقول: أولاً لا يلزم ويثبت له الخيار، ثم رجع وقال: يلزم ولا يثبت له الخيار. وجه قوله: الأول أن ما ثبت له في شراء ما لم يره المشتري، وهو ما ذكرنا من المعاني، موجود في بيع ما يراه البائع، فورد الشرع بالخيار ثمة يكون وروداً ههنا دلالة. وجه قوله: الآخر ما روي أن سيدنا عثمان بن عفان رضي الله عنه باع أرضاً له من طلحة بن عبد الله رضي الله عنهما ولم يكونا رأياها. فقيل لسيدنا عثمان رضي الله عنه غبنت، فقال لي: الخيار لأني بعت ما لم أره. وقيل: لطلحة مثل ذلك، فقال لي: الخيار

لأني اشتريت ما لم أره. فحكما في ذلك جبير بن مطعم، فقضى بالخيار لطلحة رضي الله عنه، وكان ذلك بمحضر من الصحابة رضي الله عنهم، ولم ينكر عليه أحد منهم، فكان إجماعاً منهم على ذلك، والاعتبار بجانب المشتري ليس بسديد. لأن مشتري ما لم يره مشتر على أنه خير مما ظنه، فيكون بمنزلة مشتري شيء على أنه جيد فإذا هو رديء، ومن اشترى شيئاً على أنه جيد فإذا هو رديء فله الخيار، وبائع شيء لم يره يبيع على أنه أدون مما ظنه، فكان بمنزلة بائع شيء على أنه رديء فإذا هو جيد، لا خيار للبائع، فلهذا افترقا[1].

المطلب الثاني

الأنواع الأخرى من الغلط

١ ـ الغلط في الشخص

الغلط في الشخص لا يؤثر في العقد إلا إذا كانت شخصية العاقد محل الاعتبار:

غني عن البيان أن الغلط في الشخص لا ينبغي أن يكون له تأثير في العقد إلا إذا كانت شخصية العاقد التي وقع فيها الغلط هي محل الاعتبار. وهذه هي القاعدة في الفقه الغربي كما قدمنا. ويمكن القول: إن نفس القاعدة تنطبق أيضاً في الفقه الإسلامي. ففي العقود والتصرفات التي تكون فيها شخصية أطراف التصرف معتبرة، إذا وقع غلط في ذاتية الشخص أو في صفة جوهرية فيه، كان للطرف الآخر الذي وقع في الغلط حق فسخ العقد.

ويبدو ذلك واضحاً في عقد الزواج، حيث يكون لشخصية الزوج اعتبار جوهري من ناحية كفاءته للزوجة ومن حيث خلوه من بعض الأمراض. فإذا وقع غلط في شيء من ذلك، جاز التفريق، ولكننا ندع عقد الزواج جانباً، فنحن مقتصرون في البحث على التصرفات المالية.

وهناك عقد الهبة، حيث يكون لشخص الموهوب له عادة الاعتبار الأول عند الواهب. فإذا وهب شخص آخر مالاً، ظانًا أن الموهوب له تربطه به صلة القرابة، فظهر بعد تمام الهبة أن الواهب واهم فيما ظن، وأن الموهوب له أجنبي عنه، فإنه ينبغي أن يكون للواهب حق الرجوع في هبته. وظاهر أن الفقه الإسلامي ليس في حاجة إلى تقرير هذه القاعدة، وتخصيصها بالغلط. إذ القاعدة فيه أن للواهب حق الرجوع مطلقاً إذا لم تكن الهبة لغير ذي رحم محرم ولم يوجد مانع آخر من الرجوع، وذلك سواء كان الواهب قد وقع في غلط بشأن شخص الموهوب له أو لم يقع.

وفي الوصية كذلك تبرز شخصية الموصى له وتكون محل اعتبار، ومن ثم نقرأ في **«البدائع»**

---

(١) انظر في **«تفصيلات خيار الرؤية»**: **«المبسوط»**: (١٣/ ٦٨ ـ ٧٨)، **«البدائع»** (٥/ ٢٩١ ـ ٢٢٩)، **«فتح القدير»** (٥/ ١٣٧ ـ ٢٥١)، **«البحر الرائق»** (٦/ ٢٦ ـ ٣٥)، **«الزيلعي»** (٤/ ٢٤ ـ ٣١)، **«المهذب»** (١/ ٢٦٣ ـ ٢٦٤). أما الرؤية في المذهبين المالكي والحنبلي فيغفى عنها الوصف على تفصيل لا محل له هنا.

وقد أخذ القانون المدني العراقي بخيار الرؤيا في المواد (٥١٧ ـ ٥٢٣). قارن أيضاً المادة (٤١٩) من القانون المدني المصري والمادة (٣٨٧) من القانون المدني السوري، والمادة (٤٠٨) من القانون المدني الليبي.

(٧/ ٣٣٥): «ومنها (أي من شرائط الركن) رضا الموصى، لأنها إيجاب ملك أو ما يتعلق بالملك، فلا بد فيه من الرضا كإيجاب الملك بسائر الأشياء. فلا تصح وصية الهازل والمكره والخاطىء، لأن هذه العوارض تفوت الرضا».

ونختار بعضاً من التصرفات التي يعتد فيها بالشخص. ففي الشفعة، لذاتية المشتري اعتبار في الأخذ بها. وفي كل من الوكالة وإجارة الظئر، يعتد ببعض الصفات الجوهرية في الوكيل أو الظئر.

الشفعة ـ الغلط في شخص المشتري:

من المعروف أن الحكمة في الأخذ بالشفعة منع أذى الجوار. ومن ثم كان لشخصية المشتري الذي يؤخذ منه بالشفعة اعتبار جوهري، فإذا غلط الشفيع في شخص المشتري، وتوهمه شخصاً معيناً سلم له في الشفعة لأنه لا يتأذى بجواره، ثم تبين أنه شخص آخر لا يرضى به جاراً، كان تسليم الشفعة وهو تصرف قانوني ـ مشوباً بغلط في ذاتية الشخص، وبقي حق الشفعة للشفيع. وقد نصت المادة (١٤٥) من «**مرشد الحيران**» على أنه: «إذا علم باسم المشتري فسلم في الشفعة، ثم بان له أن المشتري هو غير من سمى، فله حق الشفعة».

وهذا هو بعض من النصوص الفقهية الواردة في هذا الحكم.

جاء في «**المبسوط**» (١٤/ ١٠٥): «ولو أخبر الشفيع أن المشتري فلان فقال: قد سلمت له، فإذا المشتري غيره، فهو على شفعته، لما بينا أن الناس يتفاوتون في المجاورة، فرضاه بمجاورة إنسان لا يكون رضا منه بمجاورة غيره. وهذا التقيد منه مفيد، كأنه قال: إن كان المشتري فلاناً فقد سلمت الشفعة، فإذا تبين أن المشتري غيره فهو على حقه، وإن تبين أنه اشتراه فلان وآخر معه، صح تسليمه في نصيب فلان وهو على شفعته في نصيب الآخر، لأنه رضي بمجاورة أحدهما فلا يكون ذلك منه رضا بمجاورة الآخر».

وجاء في «**البحر الرائق**» (٨/ ١٤٤): «وإن قيل له إن المشتري فلان فسلم، ثم ظهر أنه غيره، فله الشفعة، لتفاوت الناس في الأخلاق، فمنهم من يرغب في معاشرته، ومنهم من يجتنب مخافة شره. فالتسليم في حق البعض لا يكون تسليماً في حق غيره. ولو علم أن المشتري هو مع غيره، كان له أن يأخذ نصيب غيره لأن التسليم لم يوجد في حقه».

وجاء في «**الدسوقي**» على «**الشرح الكبير**» للدردير (٣/ ٤٨٧): «أو أسقط شفعته للكذب في الشخص (المشتري)... بأن قيل له: إن شريكك باع حصته لزيد صاحبك، فأسقط شفعته، فتبين أنه باعها لعمرو عدوه... أو أسقط لكذب في انفراده، كما لو قيل له: إن شريكك باع حصته لفلان وحده، فأسقط شفعته، فتبين أنه باعها لجماعة، فلان وغيره... فله القيام بشفعته».

وجاء في «**الخرشي**» (٦/ ١٧٣): «أو أسقط لكذب... في المشتري... بأن قيل له: فلان اشترى نصيب شريكك. فأسقط لذلك، ثم ظهر أنه غير الذي سمى، فإن له أن يأخذ شفعته كائناً ما كان الشخص. وكذلك لا تسقط شفعته إذا قيل له: إن فلاناً اشترى حصة شريكك في الشقص، فرضي به وسلم شفعته لأجل حسن سيرة هذا المشتري، ثم علم بعد ذلك أن الشقص اشتراه هو وشخص آخر، فله القيام بشفعته، لأنه يقول: إنما رضيت بشركة فلان وحده لا شركته مع غيره».

وجاء في «**شرح البهجة**» للشيخ زكريا الأنصاري (٣/ ٢٧٩): «أو في مشتر، كأن قال: إنه زيد، فبان عمراً أو زيداً وعمراً، فقد يرضى بشركة زيد دون غيره».

الوكالة ـ الغلط في أهلية الوكيل:

وقد يقع الغلط، لا في ذاتية الشخص، بل في صفة جوهرية فيه، وتكون هذه الصفة معتبرة. فالوكيل تلزمه العهدة، وترجع حقوق العقد إليه إذا كان أهلاً لذلك. فإن لم يكن أهلاً، رجعت حقوق العقد إلى الموكل لا إليه. فإن ظن الغير الذي يتعامل مع الوكيل أنه أهل وأن حقوق العقد ترجع إليه، فتبين بعد أن تعاقد معه أنه ليس بأهل وأن حقوق العقد ترجع إلى الموكل، كان هذا غلطاً في صفة جوهرية في الوكيل وهي أهليته لتحمل حقوق العقد، وكان للغير الذي تعامل مع الوكيل ووقع في هذا الغلط الخيار إن شاء فسخ العقد وإن شاء أمضاه، وهذا على قول أبي يوسف.

جاء في «**البدائع**» (٦/ ٣٤) في بيان هذا الحكم ما يأتي: «إنما تلزمه (الوكيل) العهدة وترجع الحقوق إليه إذا كان من أهل العهدة. فأما إذا لم يكن، بأن كان صبيًا محجوراً، ينفذ بيعه وشراؤه، وتكون العهدة على الموكل لا عليه. لأن ذلك من باب التبرع، والصبي ليس من أهل التبرع، لكونه من التصرفات الضارة المحضة... ولا خيار للمشتري من الوكيل المحجور، سواء علم أنه محجور أو لم يعلم، في ظاهر الرواية. وعن أبي يوسف أنه إن كان عالماً فلا خيار له، فأما إذا كان جاهلاً فله الخيار إن شاء فسخ العقد وإن شاء أمضاه. وجه قوله أن الرضا شرط جواز التجارة، وقد اختل الرضا لأنه لما أقدم على العقد على أن تكون العهدة على العاقد، فإذا تبين أنها ليست له، اختل رضاه، فثبت له الخيار، كما إذا ظهر به عيب. وجه ظاهر الرواية أن الجهل بالحجر ليس بعذر لأنه يمكنه الوصول إليه، خصوصاً في حق الصبي لأن الأصل فيه هو الحجر والإذن بعارض الرشد، فكان سبب الوصول إلى العلم قائماً، فالجهل به لتقصير من جهته، فلا يعذر ويعتبر عالماً، ولو علم بالحجر حقيقة لما ثبت له الخيار، كذا هذا». ويلاحظ أنه لم يعتد هنا بغلط المشتري في ظاهر الرواية، لا لأن الغلط لا يؤثر في رضائه، بل لأنه غلط غير مغتفر، إذ أن المشتري قد قصر في عدم تبين حقيقة الوكيل من أنه محجور مع تمكنه من ذلك.

وجاء في «**تكملة فتح القدير**» في باب الوكالة (٦/ ١٥ ـ ١٦) في هذا المعنى ما يأتي: «وإن وكل... صبيًا محجوراً يعقل البيع والشراء أو عبداً محجوراً عليه جاز... ولا تتعلق بهما الحقوق، أي حقوق ما باشراه من العقد كالقاضي وأمينه حيث لا عهدة عليهما فيما فعلاه، وتتعلق بموكلهما... وعن أبي يوسف أن المشتري إذا لم يعلم بحال البائع (أي الوكيل عن البائع)، ثم علم أنه صبي أو عبد محجور... له خيار الفسخ... لأنه، أي لأن المشتري، دخل في العقد على ظن أن حقوقه تتعلق بالعاقد، يعني أن المشتري ما رضي بالعقد إلا على اعتقاد أن حقوقه تتعلق بالعاقد، فإذا ظهر خلافه يتخير، لأنه فات عنه وصف مرغوب فيه. فصار كما إذا عثر، أي اطلع، على عيب، أي على عيب لم يرض به، والجامع بينهما عدم الرضا». وظاهر أن الوصف المرغوب فيه الذي فات المشتري والذي يشير إليه النص، هو وصف جوهري في شخص الوكيل

كان محل اعتبار في التعاقد معه: هو أنه أهل اشتمل حقوق العقد، فبان غير أهل، ومن ثم كان للمشتري خيار الفسخ لفوات وصف مرغوب فيه عند من تعاقد معه، وهذا هو الغلط في الشخص.

إجارة الظئر ـ الغلط في وصف جوهري فيها:

الاستئجار للظؤورة ـ إرضاع الطفل ـ جائز، «لأن الصغار لا يتربون إلا بلبن الآدمية، والأم قد تعجز عن الإرضاع لمرض أو موت أو تأبى الإرضاع، فلا طريق إلى تحصيل المقصود سوى استئجار الظئر، جوز ذلك للحاجة». والعقد يرد على اللبن لأنه هو المقصود، وما سوى ذلك من القيام بمصالح الطفل تبع، والمعقود عليه هو منفعة الثدي، فمنفعة كل عضو على حسب ما يليق به، وذهب بعض المتأخرين إلى أن المعقود عليه المنفعة، وهو القيام بخدمة الصبي وما يحتاج إليه، وأما اللبن فتبع له. وهذا هو الذي يغلب القصد إليه من إجارة الظئر (المرضع) في عصرنا الحاضر.

وغني عن البيان أن شخص الظئر محل اعتبار في العقد، لا من حيث ذاتيتها، بل من حيث ما يجب أن يتوافر عندها من الأوصاف المرغوب فيها، فإن فات وصف مرغوب فيه من هذه الأوصاف، كان هناك غلط في وصف جوهري في شخص العاقد، وصلح هذا عذراً يثبت به لمستأجر الظئر خيار الفسخ. ومن الأوصاف المرغوب فيها عند الظئر أن يكون لبنها صالحاً لتغذية الطفل، وألا تكون حمقاء سيئة الخلق، وألا تكون سارقة يخشى منها على المتاع، وألا تكون فاجرة بيناً فجورها.

ويقول السرخسي في «**المبسوط**» (١٥/ ١١٩ و١٢١ ـ ١٢٢) في هذا المعنى ما يأتي: «قال رسول الله ﷺ: «لا ترضع لكم الحمقاء فإن اللبن يفسد». وهو كما قال رسول الله ﷺ: فإن اللبن في حكم جزء من عينها، لأنه يتولد منها، فتؤثر فيه حماقتها، ويظهر أثر ذلك في الرضيع لما للغذاء من الأثر. ونظيره ما روي عن النبي ﷺ أنه قال: «لا ترضع لكم سيئة الخلق»... وإذا أراد أهل الصبي أن يخرجوا الظئر قبل الأجل فليس لهم ذلك، إلا من عذر، لأن العقد لازم من الجانبين، إلا أن الإجارة تنفسخ بالعذر عندنا على ما نبينه في بابه. ثم العذر لهم في ذلك ألا يأخذ الصبي من لبنها، فيفوت به ما هو المقصود، ولا عذر أبين من ذلك. وكذلك إذا تقايأ لبنها، لأن ذلك يضر بالصبي عادة، فالحاجة إلى دفع الضرر عنه عذر في فسخ الإجارة... وكذلك إن كانت سارقة، فإنهم يخافون على متاعهم إن كانت في بيتهم، وعلى متاع الصبي وحليته إذا كان معها. وكذلك إن كانت فاجرة بيناً فجورها، فيخافون على أنفسهم، فهذا عذر، لأنها تشتغل بالفجور، وبسببه ينقص من قيامها بمصالح الصبي، وربما تحمل من الفجور فيفسد ذلك لبنها».

وجاء في «**الزيلعي**» (٥/ ١٢٨): «وكذا لم تقيأ لأهله الفسخ، لأن ذلك يضر بالصبي. وكذا إذا كانت سارقة، لأنهم يخافون على متاعهم وعلى حلي الصبي. وكذا إذا كانت فاجرة بائناً فجورها، لأنها تشتغل عنه بالفجور».

وجاء في «**البحر الرائق**» (٨/ ٢٢ ـ ٢٣): «ولو تقايأ الصبي لبنها لأهله الفسخ. وكذا إذا كانت سارقة، وكذا إذا كانت فاجرة ظاهراً فجورها... وكذا إذا كان الصبي لا يأخذ لبنها، كان لهم أن

يفسخوا. . . وفي «**الخانية**» إذا ظهرت الظئر. . . زانية أو مجنونة أو حمقاء كان لهم الفسخ. . . وكذا إذا كانت سيئة بذيئة اللسان».

ويخلص من كل ذلك أن الغلط في الشخص أو في صفة جوهرية فيه ـ حيث يكون ذلك محل اعتبار ـ يثبت خيار الفسخ، شأنه في ذلك شأن الغلط في الشيء. ويقول الفقهاء تارة: إن الفسخ لفوات وصف مرغوب فيه، وطوراً إن الفسخ للعذر. هي أن الواضح في جميع هذه الأحوال أن الفسخ يقوم في أساسه على وقوع غلط في الشخص.

٢ ـ الغلط في القيمة

الغلط في القيمة والغبن:

يدق التمييز بين الغلط في القيمة وبين الغبن. فالغلط في القيمة يؤدي عادة إلى الغبن، ولكن الغبن هنا يكون مصحوباً بجهل لقيمة الشيء، بحيث لو تبين العاقد هذه القيمة على حقيقتها لما أقدم على التعاقد، ولما رضي بهذا الغبن. أما مجرد الغبن فمداه أوسع من الغلط، إذ يصح أن يقع الغبن والمغبون على بينة من قيمة الشيء، فلا يكون واقعاً في الغلط، وإنما أراد الحصول عليه لرغبة فيه خاصة دفعته إلى أن يبذل فيه أكثر من سعر السوق. فقد يكون للشيء قيمة ذاتية للعاقد ليست لغيره من الناس، وقد يكون العاقد مجازفاً في الحصول على الشيء لأنه يرجو من ورائه الربح الكثير فيما بعد، وقد يكون مندفعاً فيما فعل تحت تأثير المزاحمة. فالغلط في القيمة إذن عيب في الإرادة، ومعياره ذاتي، أما الغبن فخلل في النسبة ما بين سعر السوق والسعر المبذول، ومعياره مادي.

والفقه الإسلامي لا يعرض للغلط في القيمة إلا عن طريق الغبن، ثم هو في أكثر مذاهبه، لا يعتد بالغبن ولو كان فاحشاً إلا إذا صحبه تغرير أو تدليس. وهو في ذلك يضحي باحترام الإرادة في سبيل استقرار التعامل. وهذا هو شأن أكثر الشرائع الغربية، فقلّ أن تجد شريعة منها تعتد بالغبن إلا في حالات محدودة نادرة.

على أن في الفقه الإسلامي اتجاهين بالنسبة إلى الغبن. الاتجاه الأول: هو عدم الاعتداد بالغبن إلا إذا صحبه التغرير كما قدمنا، أو كان الغبن واقعاً في مال المحجور أو الوقف أو بيت المال ممن هم في حاجة إلى الحماية. والاتجاه الثاني: هو الاعتداد بالغبن حتى لو لم يصحبه التغرير، إذا كان هذا الغبن فاحشاً وكان مصحوباً بغلط في قيمة الشيء.

عدم الاعتداد بالغبن إلا إذا صحبه التغرير:

وهذا هو الظاهر في المذهب الحنفي والمذهب الشافعي ومذهب أحمد.

وجاء في «**البحر الرائق**» (٦/ ١١٥ ـ ١١٦): «وفي «**القنية**» من اشترى شيئاً وغبن فيه غبناً فاحشاً، فله أن يرده على البائع بحكم الغبن. وفيه روايتان. ويفتي بالرد رفقاً بالناس. . . وقع البيع بغبن فاحش، ذكر الجصاص وهو أبو بكر الرازي في «**واقعاته**» أن للمشتري أن يرد وللبائع أن يسترد، وهو اختيار أبي بكر الزرنجري والقاضي الجلال، وأكثر روايات كتاب المضاربة الرد بالغبن

الفاحش وبه يفتى. . . ليس له الرد والاسترداد، وهو جواب ظاهر الرواية، وبه أفتى بعضهم. . . إن غرّ المشتري البائع فله أن يسترد، وكذا إن غرّ البائع المشتري له أن يرد. . . قال البائع للمشتري قيمته كذا فاشتراه. ثم ظهر أنها أقل، فله الرد، وإن لم يقل فلا، وبه أفتى صدر الإسلام. . . ولو لم يغره البائع ولكن غره الدلال فله الرد. ولو اشترى فيلق الإبريسم خارج البلد ممن لم يكن عالماً بسعر البلد بغبن فاحش، فللبائع أن يرجع على المشتري بالفيلق، مثله في حق المشتري فقد تحرر أن المذهب عدم الرد بغبن فاحش ولكن بعض مشايخنا أفتى بالرد به. . . وفي «**خزانة الفتاوى**» خدع بغبن فاحش فالمذهب ليس له الرد، وقال أبو بكر الزرنجري يفتى بالرد ا هـ. وبعضهم أفتى به إن غره الآخر، وبعضهم أفتى بظاهر الرواية من عدم الرد مطلقاً. وفي الصيرفية اختار عماد الدين الرد بالغبن الفاحش إذا لم يعلم به المشتري، وكذا في «**واقعات الجصاص**»، وعليه أكثر روايات المضاربة، وبه يفتي، واختاره النسفي وأبو اليسر البزدوي. وقال الإمام جمال الدين إن غره فله الرد، وإلا فلا. والصحيح أن ما يدخل تحت تقويم المقومين فيسير، وما لا ففاحش ا هـ. وكما يكون المشتري مغبوناً مغروراً يكون البائع كذلك، كما في «**فتاوى قارىء الهداية**».

وجاء في «**الدر المختار**» (٤/ ٢٤٦): «واعلم أنه لا رد بغبن فاحش ـ هو ما لا يدخل تحت تقويم المقومين ـ في ظاهر الرواية. وبه أفتى بعضهم مطلقاً كما في «**القنية**». ثم رقم وقال: ويفتى بالرد رفقاً بالناس، وعليه أكثر روايات المضاربة وبه يفتى. ثم رقم وقال: إن غره، أي غرّ المشتري البائع أو بالعكس أو غرّه الدلال، فله الرد، وإلا لا، وبه أفتى صدر الإسلام وغيره».

وقد حرر «**ابن عابدين**» هذه المسألة في المذهب الحنفي في رسالته المعروفة «**تحبير التحرير في إبطال القضاء بالفسخ بالغبن الفاحش بلا تغرير**»، حيث يقول: («**رسائل ابن عابدين**» (٢/ ٧): «وأما دعوى البالغين الغبن وفسخهم البيع به ففيها أقوال ثلاثة. قيل: تصح ويفسخ مطلقاً. وقيل: لا مطلقاً، وقيل: بالتفصيل: إن غره نعم، وإلا فلا، وبه أفتى أكثر العلماء رفقاً بالناس، ومشى عليه في متن «**التنوير**» آخر باب المرابحة. وفي «**الزيلعي**» والصحيح أن يفتى بالرّد إن غرّه، وإلا فلا. وبه أفتى الخير الرملي قبيل البيع الفاسد، حيث سئل هل له خيار الفسخ به حيث غره بذلك، أجاب: نعم له فسخ البيع بذلك والحالة هذه. وقد ذكر المسألة في «**فتاوى قارىء الهداية**» في ثلاثة مواضع منها، وكذا ذكره «**الزيلعي**» في باب التولية والمرابحة وصاحب «**البحر**» وصاحب «**منح الغفار وكثير من الأسفار**». فاختار بعضهم الرد مطلقاً، وبعضهم عدمه مطلقاً، والصحيح الذي يفتى به إن غره رد وإلا فلا. انتهى. ونقل قبله في «**الخيرية**» قوله وعلى هذا فتوانا وفتوى أكثر العلماء رفقاً بالناس انتهى. فإن قلت: لم أطلقتم الجواب في فسخ القاصر بعد بلوغه بدون اشتراط التغرير، قلت: إن البالغ العاقل يصح شراؤه وبيعه لنفسه بما عز وهان، فصح تعرفه. لكن إن غرّه البائع مثلاً فهو معذور، فيثبت له خيار الرد. بخلاف وصي القاصر، فإن تصرفه في مال القاصر منوط بالمصلحة، وليس من المصلحة بيعه مال القاصر بالغبن الفاحش ولو بدون تغرير».

ويخلص مما تقدم أنّ الصحيح الذي يفتى به في المذهب الحنفي هو أن الغبن الفاحش إذا صحبه تغرير جاز الرد به، وإن لم يصحبه تغرير فلا رد. وهذا ما لم يكن الغبن في مال المحجور

أو في مال الوقف أو بيت المال، فيرد بالغبن الفاحش ولو لم يوجد تغرير. جاء في المادة (٣٥٦) من المجلة: «إذا وجد غبن فاحش ولم يوجد تغرير، فليس للمغبون أن يفسخ البيع. إلا أنه إذا وجد الغبن وحده في مال اليتيم لا يصح البيع. ومال الوقف وبيت المال حكمه حكم مال اليتيم». (انظر أيضاً المادة (١٢٤) من التقنين المدني العراقي - وانظر دعوى الغلط في القسمة، ويقرب من أن يكون غلطاً في القيمة، وفي «**المبسوط**» للسرخسي (١٥/ ٦٤ - ٦٩):

والظاهر أيضاً في مذهب الشافعي ألا رد بالغبن الفاحش إذا لم يوجد تغرير. جاء في «**شرح البهجة**» لزكريا الأنصاري (٢/ ٤٥٥): «ولا يخبرون بغبن وإن فحش، كالزجاج حيث... ظنها جوهرة حتى بالغ فيها بالثمن لتقصيره حيث لم يبحث». وفي «**حاشية الشربيني**» تعقيباً على ما تقدم قوله: «ظنها جوهرة - خرج به ما لو قال له البائع هي جوهرة، فإنه يثبت له الخيار». ويخلص من ذلك أن الغبن المصحوب بالتغرير هو الذي يثبت الخيار، أما الغبن المصحوب بالغلط فلا رد فيه. وجاء في «**معنى المحتاج على المنهاج**» (٢/ ٦٥): «كما لو اشترى زجاجة يظنها جوهرة بثمن كبير أو باع جوهرة يظنها زجاجة بمال قليل، فإنه لا خيار في الأولى للمشتري، ولا للبائع في الثانية». وجاء في «**نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج**» (٤/ ٧٤): «ويجري الخلاف في إلباسه ثوباً مختصًا بحرفة من أرباب الصنائع، كما لو اشترى زجاجة يظنها جوهرة بثمن الجوهرة لأنه المقصر... ووجه ما تقرر، وإن استشكله ابن عبد السلام، أن حقيقة الرضا المشترطة لصحة البيع لا تعتبر مع التقصير». وجاء في «**حاشية الشبراملسي**» تعقيباً على ما تقدم: «قوله: يظنها جوهرة - خرج به ما لو قال له البائع: هي جوهرة فيثبت له الخيار في هذه الحالة فيما يظهر. ويفرق بين هذا وبين ما لو قال: اشتريت بكذا كاذباً، أو زاد البائع في السلعة وهي مع الدلال ليضر غيره بأن البائع ثَم لم يحدث في ذات البيع صفة لا حقيقة ولا حكماً. وإخباره هنا عن الزجاجة بأنها جوهرة بمنزلة إحداث صفة تخيل للمشتري فيها ذلك، فكان كتسويد الشعر وتجعيده بل أولى فليراجع، ثم الكلام حيث لم يسمها بغير جنسها وقت البيع. أما لو فعل ذلك. كما لو قال: بعتك هذه الجوهرة، فإن العقد باطل».

وفي مذهب أحمد بن حنبل يثبت خيار الغبن في صور ثلاث، وكلها لا تخلو من التغرير. **الأولى**: بيع متلقي الركبان أو السلع. **والثانية**: النجش. وقد بينا فيما تقدم ما تنطوي عليه كل صورة من هاتين الصورتين من الغش والتغرير. **والثالثة**: بيع المسترسل، وهو الجاهل بقيمة السلعة ولا يحسن المبايعة، فيستأمن العاقد معه، فيغره، فيكون للمسترسل خيار الغبن، وقد صحب الغبن هنا أيضاً تغرير وسيأتي تفصيل ذلك في التدليس. ويكفي هنا أن نذكر أن هناك فرقاً بين المسترسل وغير المسترسل. قد يشترك الاثنان في الجهل بقيمة المبيع. ولكن المشتري المسترسل يستأمن البائع فيغره، ومن ثم وجد التغرير في البيع للمسترسل. أما غير المسترسل فيجهل قيمة المبيع، لا لاستئمانه البائع، ولكن للعجلة وعدم التثبت، فجهل ما لو تثبت لعلمه، فلم يكن له خيار، لأن الغبن انبنى على تفريطه وتقصيره ولم ينبن على التغرير.

الاعتداد بالغبن إذا صحبه الغلط:

والاتجاه الثاني في الفقه الإسلامي هو، كما قدمنا، الاعتداد بالغبن إذا صحبه الغلط ولو لم يصحبه التغرير، وهذا ظاهر في مذهب مالك.

جاء في **«القوانين الفقهية»** لابن جزي (٢٦٨): «في الغبن وهو على ثلاثة أنواع: الأول غبن لا يقام به، وهو إذا زاد المشتري في ثمن السلعة على قيمتها لغرض له كالمشاكلة. والثاني غبن يقام به قل أو كثر، وهو الغبن في بيع الاسترسال واستسلام المشتري للبائع. والثالث اختلف فيه، وهو ما عدا ذلك. وعلى القول بالقيام به، فيقوم المغبون، سواء كان بائعاً أو مشترياً، إذا كان مقدار الثلث فأكثر، وقيل: لا حد له وإنما يرجع فيه للعوائد فما علم أنه غبن فللمغبون الخيار».

ويتبين من ذلك أن الغبن في مذهب مالك على ثلاثة أنواع: **أولاً**: غبن تقدم عليه العاقد وهو على بينة من أمره، فهو لا يجهل قيمة السلعة، ولكنه مع ذلك يشتريها بأكثر من قيمتها لغرض له في ذلك قد يكون الرغبة الملحة في الحصول على الشيء لقيمته الذاتية بالنسبة إلى المشتري، وقد يكون مجرد المزاحمة والمشاكلة. ومثل هذا الغبن الذي لا يصحبه تغرير ولا غلط، لا يعتد به، لا في الفقه الإسلامي ولا في الشرائع الغربية، إلا في حالات محدودة نادرة حيث يؤثر مجرد الغبن المادي المحض في لزوم التصرف، كالغبن الواقع في مال المحجور وفي مال الوقف وبيت المال كما سبق القول. **ثانياً**: غبن يصحبه التغرير. ويرد هذا في بيع الاسترسال وبيوع الأمانة وفي غيرها من المعاملات التي يلجأ فيها أحد العاقدين إلى طرق احتيالية توقع العاقد الآخر في الغلط. وهذا هو التدليس أو الغبن مع التغرير. وسيأتي تفصيله فيما يلي. **ثالثاً**: غبن يقع فيه العاقد عن غلط في قيمة المعقود عليه، وهذا هو الغلط في القيمة الذي نقف هنا عنده، لنرى ما ورد فيه من النصوص.

جاء في **«التاج والإكليل للمواق»** (**«هامش الحطاب»** ٤/٤٦٨ ـ ٤٦٩): «الغبن في البيع إن كان بسبب الجهل بقيمة المبيع ففيه طرق. ابن رشد لا يعذر أحد المتبايعين فيه إن كان في بيع مكايسة، هذا ظاهر المذهب. وقال أبو عمر الغبن في بيع المستسلم المستنصح يوجب للمغبون الخيار فيه، وبيع غيره المالك أمر نفسه لا أعلم في لزومه خلافاً ولو كان بأضعاف القيمة. وقال اللخمي: اختلف إذا تبايع الرجلان السلعة وأحدهما يعرف سوقها دون الآخر، هل لمن جهل السوق منهما على من علمه مقال ا هـ. وقل المتيطي تنازع البغداديون في هذا، وقال بعضهم إن زاد المشتري في البيع على قيمة الثلث فأكثر فسخ البيع، وكذلك إن باع بنقصان الثلث من قيمته، على ما قاله القاضي أبو محمد وغيره. قال والأصل في هذا أن ينظر مدعي الجهل، فإن كان معروفاً بذلك اجتهد له الحاكم ا هـ. انظر من هذا المعنى فتيا الإمام المازري، قال حكى ابن القصار أن مذهب مالك للمغبون الرد إذا كان المغبون جاهلاً بالقيم... قال البرازلي ونزل مثل هذا بزوجة شيخنا البطروني فأفتى ابن عرفة بنقض بيعها لأوصاف ذكرها وعذرها من أجلها، قال البرازلي وهذا ظاهر ا هـ. وبنحو هذا أفتى ابن لب. وضمنه ابن عاصم فقال: ومن يغبن في مبيع قاما ـ فشرطه ألا يجوز العاما ـ وأن يكون جاهلاً بما صنع ـ والغبن بالثلث فما زاد وقع ا هـ...

قال أبو عمر: واتفقوا أن النائب عن غيره في بيع أو شراء من وكيل أو وصي إذا باع أو اشترى بما لا يتغابن الناس بمثله أنه مردود ا هـ. وانظر أيضاً قد نصوا: أن بيت المال أولى ما يحتاط له فالبيع عليه كالبيع على المحجور. سئل ابن لب عن دار مشتركة بين قوم، منهم مالك أمر نفسه، ومنهم محجور. باعوها من الغير، ثم قاموا عليه بعد أعوام بالغبن، فصالح بعض المالكين أمر أنفسهم، وبقي بعضهم والمحجور. فأجاب أن مالك أمر نفسه مرور عام قاطع بحكم قيامه، وأما المحجور فينظر له، لكن ترك الوصي النظر لمحجوره من غير عذر معلوم كأنه مشعر بتفريطه لحق المحجور بطول المدة وتصرف المشتري وعمارته في ذلك، فالصواب ألا يتعرض للمشتري، وأن تكون التبعة للمحجور بما نقصه على الناظر عليه».

وجاء في «**الحطاب**» (٤/ ٤٧١ ـ ٤٧٢): «ليس الخلاف على الإطلاق. إنما هو مقيد بأن يكون المغبون لم يستسلم إلى بائعه، ويكون أيضاً من أهل المعرفة بقيمة ما اشتراه، وإنما وقع في الغبن غلط يعتقد أنه غير غالط. فأما إذا علم القيمة فزاد عليها، فهو كالواهب أو فعل ذلك لغرض له، فلا مقال له. وكذلك إن استسلم لبائعه وأخبره أنه غير عالم بالقيمة، فذكر له البائع ما غرّه به، مثل أن يقول: أعطيتُ فيها كذلك ويسمى له بائعها منه، قال: فهذا ممنوع باتفاق... والغبن قيل: الثلث، وقيل ما خرج عن المعتاد... وصرح به في «**الجواهر**» فقال: إذا قلنا: بإثبات الخيار بالغبن المتفاحش، فقد اختلف الأصحاب في تقديره. فمنهم من حده بالثلث فأكثر. ومنهم من قال: لا حد له، وإنما المعتبر فيه العوائد بين التجار، فما علم أنه من التغابن الذي يكثر وقوعه بينهم ويختلفون فيه فلا مقال فيه للمغبون باتفاق، وما خرج عن المعتاد فالمغبون فيه بالخيار».

وجاء في «**حاشية الدسوقي**» على «**الشرح الكبير**» للدردير (٣/ ١٤١): «قال المتيطي قال بعض البغداديين إن زاد المشتري في المبيع على قيمة الثلث فأكثر فسخ البيع، وكذلك إن فسخ بنقصان الثلث من قيمته فأعلى، إذا كان جاهلاً بما صنع، وقام قبل مجاوزة العام. وبهذا أفتى المازري وابن عرفة والبرازلي وابن لب، ومشى عليه ابن عاصم في متن «**التحفة**»... قلت: والعمل به مستمر عندنا بفاس».

وجاء في «**حاشية العدوي**» على «**الخرشي**» (٥/ ١٥٢): «حصل بعض الأشياخ في القيام بالغبن وعدم القيام به ثلاث طرق. **الأولى**: للقاضي عبد الوهاب في المعونة: ثبوت الخيار لغير العارف باتفاق، وفي العارف قولان. **الثانية** للمازري: إن استسلم أي أخبر المشتري البائع أنه غير عارف بقيمته، فقال له البائع: قيمتها كذا، فله الرد. وإن كان عالماً بالمبيع وثمنه، فلا رد له. وخلاف في هذين القسمين. وفيما عداها قولان. **الطريقة الثالثة**: لصاحب «**المقدمات**»: البيع إن وقع على جهة الاسترسال والاستئمان، وجب القيام بالغبن، كقوله: اشتر مني سلعتي كما تشتري من الناس، وإن وقع على وجه المكايسة، فلا قيام له باتفاق».

وجاء في «**البهجة في شرح التحفة**» للتسولي (٢/ ١٠٦ ـ ١٠٧): «ومن يغبن في مبيع... قام، وأراد الرد به، فشرطه... ألا يجوز العام، وأن يكون القائم جاهلاً بما صنع من بيعه بأقل من القيمة أو شرائه، بأكثر منها، وأن يكون الغبن بالثلث... وقيل لا قيام به إلا إذا زاد على الثلث،

وقيل: يقام به مطلقاً. . . وظاهر النظم أنه إذا وجدت الشروط الثلاثة، ثبت له القيام، كان البيع بالمزايدة أو بالمساومة، عرض البائع سلعته على أناس شتى أم لا. والذي في الكراس الثالث من معاوضات المعيار مسلماً ما نصه: سئل الفقيه بركات البازوي عن القيام بالغبن هل يعم جميع البيوع أو يختص بغير بيع المزايدة، وهل يتنزل منزلة بيع المزايدة تعريض صاحب السلعة بيعها على أناس شتى وترغيبه إياهم فيها. . . فأجاب أما بيع المزايدة فلا يتصور فيه غبن. . . وما ذاك إلا لكون قيمته هي ما وقفت عليه ولا سيما في الأصول بعد المناداة عليها الشهر والشهرين. . . قال سيدي محمد بن عبد الصادق في «**شرحه**» على «**المختصر**» ما نصه: الغبن على القول به إنما يعتبر يوم البيع، فلا يعتبر تغير الأسواق بعد ذلك. وعليه فما وقع في عصرنا هذا في شراء الغلة الصيفية وكذلك شراؤهم ورق التوت، ومن يشتري ذلك الغالب عليهم أنهم من أهل المعرفة بأثمان ذلك، فحصل كساد كبير أذهب رؤوس الأموال لأربابها، فقاموا بذلك، فأفتوا بأنهم لا قيام لهم لأنه ليس بجائحة، ولأن الغبن يعتبر فيه وقت العقد، ولأن المشتري لذلك من أهل المعرفة»[١].

ويخلص مما تقدم أن النوع الثالث من الغبن ـ وهو الغبن الذين يرجع إلى الغلط في القيمة ـ اختلف فيه. فهناك رأي يذهب إلى أن الغبن، حتى في هذه الحالة، لا يثبت الخيار، وألا خيار في الغبن إلا إذا صحبه تغرير، كما هو ظاهر المذهب الحنفي والمذهب الشافعي ومذهب أحمد. وهناك رأي آخر في مذهب مالك (وهو قول البغداديين المالكية) يذهب إلى أن الغبن في هذه الحالة يثبت الخيار، وذلك بشروط ثلاثة استخلصت من تحفة ابن عاصم: **(الشرط الأول)** أن يكون هناك غبن فاحش، في غير بيع المزايدة. والغبن الفاحش هو الثلث ـ زيادة في البيع ونقصاً في الشراء ـ على قول، وعلى قول آخر بقدر ما لا يتغابن به الناس، وتعتبر القيمة وقت البيع. **(الشرط الثاني)** أن يكون الغبن راجعاً إلى جهل المغبون وغلطه في قيمة المبيع. بل يجب فوق ذلك أن يكون المغبون معروفاً بعدم الخبرة، وقد استغل العاقد الآخر عدم خبرته. وهذا يقرب من الاستغلال المعروف في الفقه الغربي. وهو في الوقت ذاته يكفل استقرار التعامل، بأن يجعل العاقد الآخر عالماً بالغلط أو مستطيعاً أن يعلم ذلك. **(الشرط الثالث)** أن يقيم المغبون دعوى الغبن في خلال عام من وقت صدور التصرف الذي وقع فيه الغبن. وذلك حتى لا يطول الوقت الذي يكون فيه هذا التصرف مزعزعاً قابلاً للنقض، بغية استقرار التعامل بين الناس.

فنرى من ذلك أن مذهب مالك يتسع للقول بأن الغلط في قيمة البيع يعتد به، ما دام العاقد الآخر يعلم أو يستطيع أن يعلم بهذا الغلط، وما دام العاقد المغبون يقيم دعوى الغبن في مدة العام.

---

(١) انظر أيضاً في الغبن في مذهب مالك: شرح التاودي على هامش التسولي (٢/١٠٦)، «**حاشية الصاوي**» على «**الشرح الصغير**» للدردير (٢/٦٣)، «**جواهر الإكليل**» للآبي الأزهري (٢/٤٩ ـ ٥٠). السجلماسي (١٥٤).

الاستغلال في الفقه الإسلامي:

بل يمكن القول إن الغلط في القيمة على النحو المتقدم إنما ينطوي على استغلال العاقد المغبون في عدم خبرته، أو في غبائه ورعونته. ونقرأ شيئاً من هذا في المذهب الحنفي ذاته. يقول الحموي في «**غمز عيون البصائر**» (٢/ ١٩٥) في هذا المعنى: «خيار الغبن يثبت في صورة الوكيل والوصي، وفي صورة تغرير البائع المشتري بأن كان المشتري غبيًا لا يعرف، فقال البائع اشتره بهذا الثمن فإنه يساويه، فاشتراه مغترًا بقوله، فله خيار الغبن».

بل إن في المذهب الحنفي قد يستغل العاقد المغبون في حاجته الملحة إذا كان مضطراً إلى التعاقد. وهذا هو بيع المضطر وشراؤه. جاء في «**ابن عابدين**»(٤/ ١٤٦): «بيع المضطر وشراؤه فاسد. وهو أن يضطر الرجل إلى طعام أو لباس أو غيرها، ولا يبيعها البائع إلا بأكثر من ثمنها بكثير. وكذلك في الشراء منه، إذا لم يرض المشتري إلا بشرائه بدون ثمن المثل بغبن فاحش. ومثاله ما لو ألزم القاضي ببيع ماله لإيفاء دينه، أو الزم الذمي ببيع مصحف، ونحو ذلك... لكن سيذكر في الإكراه لو صارده السلطان لم يعين بيع ماله فباع صح. والحيلة أن يقول من أين أعطي، فإذا قال الظالم: بع كذا فقد صار مكرهاً فيه. فأفاد أنه بمجرد المصادرة لا يكون مكرهاً بل يصح بيعه إلا إذا أمره بالبيع. مع أنه بدون أمر مضطر إلى البيع، حيث لا يمكنه غيره، وقد يجاب بأن هذا ليس فيه أنه باع بغبن فاحش عن ثمن المثل. نعم العبارة مطلقة، يمكن تقييدها بأنه إنما يصح لو باع بثمن المثل أو غبن غير فاحش».

فتكمل بذلك صور الاستغلال المعروفة في الفقه الغربي: استغلال العاقد المغبون في عدم خبرته، أو في حاجته، أو في طيشه ورعونته. وفي هذا يقرب الفقه الإسلامي كثيراً من الفقه الغربي في أحدث صورة له، وفي آخر مرحلة من مراحل تطوره[1].

٣ ـ الغلط في القانون

الغلط في القانون في الفقه الغربي:

في الفقه الغربي، الغلط في القانون كالغلط في الواقع يعيب الإرادة، ويجعل العقد قابلاً للإبطال. وقد نصت على ذلك صراحة المادة (١٢٢) من التقنين المدني المصري إذ تقول: «يكون العقد قابلاً للإبطال لغلط في القانون، إذا توافرت فيه شروط الغلط في الواقع...» (انظر أيضاً المادة (١٢٣) من التقنين المدني السوري والمادة (١٢٢) من التقنين المدني الليبي وهما متطابقتان لنص التقنين المدني المصري).

---

(١) وقد نصت المادة (١٢٥) من التقنين المدني العراقي على أنه «إذا كان أحد المتعاقدين قد استغلت حديثه أو طيشه أو هواه أو عدم خبرته أو ضعف إدراكه، فلحقه من تعاقده غبن فاحش، جاز له في خلال سنة من وقت العقد أن يطلب رفع الغبن عنه إلى الحد المعقول. فإذا كان التصرف الذي صدر منه تبرعاً، جاز له في هذه المدة أن ينقضه». قارن المادة (١٢٩) من التقنين المدني المصري والمادة (١٣٠) من التقنين المدني السوري، والمادة (١٢٩) من التقنين المدني الليبي.

وقد كان يوقع اللبس في هذه المسألة وجود قاعدة أخرى معروفة تقضي بأن الجهل بالقانون لا يقبل عذراً، ولكن مجال تطبيق هذه القاعدة إنما يكون في الأحكام القانونية التي تعتبر من النظام العام، كالقوانين الجنائية وبعض القوانين المدنية ومنها القانون الذي يضع حدًا أقصى للفوائد على سبيل المثال.

ومن الأمثلة على الغلط في القانون الذي يجعل العقد قابلاً للإبطال أن يتعهد شخص بدفع دين طبيعي وهو يعتقد أن هذا الدين ملزم له مدنيًا، وأن يهب رجل لمطلقته مالاً وهو يعتقد أنه استردها لعصمته جاهلاً أن الطلاق الرجعي ينقلب بائناً بانقضاء العدة، وأن يبيع وارث حصته في التركة وهو يحسب أنه يرث الربع فإذا به يرث النصف (انظر في كل ذلك **«الوسيط»** (١/ ١٧٤، ص ٣٠٥ ـ ٣٠٨).

الغلط في القانون في الفقه الإسلامي:

الظاهر في الفقه الإسلامي ـ وبخاصة في علم أصول الفقه ـ أن الجهل بالقانون يصلح عذراً إذا لم يصحب الجهل تقصير، فمن جهل القانون، وكان مقصراً في هذا الجهل، حوسب على جهله، ولم يعتد بخطئه في القانون، ومن جهل القانون، ولم يكن مقصراً في هذا الجهل، عذر لجهله، واعتد بخطئه.

جاء في **«فتح الفنار بشرح المنار»** لابن نجيم (٣/ ١٠٥ ـ ١٠٦): «ومن هذا القبيل حربي دخل دارنا فأسلم، فشرب الخمر جاهلاً بالحرمة، لا يحد. بخلاف ما إذا زنى، لأن جهله بحرمة الزنا لا يكون شبهة، لأن الزنا حرام في جميع الأديان، فلا يكون جهله عذراً بخلاف الخمر. فما في **«المحيط»** وغيره: شرط الحد ألا يظن الزنا حلالاً، مشكل. بخلاف الذمي إذا أسلم فشرب، يحد لظهور الحكم في دار الإسلام. فجهله بتقصيره. والثالث الجهل في دار الحرب من مسلم لم يهاجر وأنه (أي جهله بالشرائع) يكون عذراً، فلو ترك صلوات جاهلاً لزومها في الإسلام. لا قضاء. وكذا كل خطاب تركه ولم يشتهر فجهله عذر، لقوله تعالى: ﴿لَيْسَ عَلَى ٱلَّذِينَ ءَامَنُوا۟ وَعَمِلُوا۟ ٱلصَّٰلِحَٰتِ جُنَاحٌ فِيمَا طَعِمُوٓا۟﴾ [المائدة: ٩٣]، نزلت في الذين شربوا بعد تحريمها غير عالمين بخلافه بعد الانتشار. . . وملحق به (أي بهذا الجهل) جهل الشفيع بالبيع، فلو باع الدار المشفوع بها بعد بيع دار بجوارها غير عالم لا يكون تسليماً للشفعة. وجهل الأمة المنكوحة بالإعتاق فلم تفسخ، وكذا لو علمته وجهلت ثبوت الخيار لها شرعاً لا يبطل خيارها وعذرت. . . بخلاف الحرة زوجها غير الأب والجد صغيرة، فبلغت جاهلة بثبوت حق الفسخ لها، لا تعذر، لأن الدار دار علم وليس للحرة ما يشغلها عن التعلم، فكأن جهلها لتقصيرها بخلاف الأمة»[1].

ويتبين مما تقدم أن المعيار في أن يكون الجهل بالقانون عذراً أو غير عذر هو انتفاء التقصير أو ثبوته. فالحربي إذا أسلم وشرب الخمر معذور، لجهله بأن شرب الخمر محرم، وهو غير مقصر

---

(١) انظر في الغلط في القانون في الفقه الإسلامي بدرو ديب في نظرية الباحث في المذهب الحنفي (١٢٥ ـ ١٢٨)، شكري قرداحي في **«القانون والأخلاق»**، (٣٧ ـ ٣٨).

في هذا الجهل، لأن حكم تحريم الخمر فيه خفاء، ولم تسبق له السكنى في دار الإسلام. أما إذا كان ذميًا وأسلم، فهو مقصر في جهله بتحريم الخمر، لأنه عاش في دار الإسلام وكان يستطيع أن يعلم بالحكم لذيوعه في هذه الدار. أما الزنا فالجهل بتحريمه ليس عذراً، سواء أكان ذميًا أم حربيًا، لأن الزنا حرام في جميع الأديان. وجهل الأمة بأن لها الخيار في فسخ الزواج إذا أعتقها سيدها الذي تزوج منها وهي أمة يعتبر عذراً، لأن في حالة الرق ما يشغلها عن التعليم. ولا كذلك الحرة التي زوجها غير الأب والجد وهي صغيرة، فإن لها الخيار إذا بلغت، وجهلها بهذا الخيار ليس بعذر، لأنه ليس للحرة ما يشغلها عن التعلم.

ونرى من ذلك أن الفقه الإسلامي يتشدد في جعل الجهل بالقانون عذراً. فالأصل أنه ليس بعذر. ولا يكون عذراً إلا إذا قامت ملابسات خاصة تنفي تهمة التقصير المفروضة في جانب من يجهل القانون. وإذا كان هناك شيء من التساهل في الحدود، فذلك لأن الحدود تدرأ بالشبهات.

وقد جاء في «**الأشباه والنظائر**» (١٦٧ - ١٦٨) لابن نجيم أيضاً في هذا المعنى: «وأما الجهل فحقيقته عدم العلم عما من شأنه العلم. فإن قارن اعتقاد النقيض فهو مركب، وهو المراد بالشعور بالشيء على خلاف ما هو به. وإلا فبسيط، وهو المراد بعدم الشعور. وأقسامه على ما ذكره الأصوليون كما في المنار أربعة... والثاني الجهل في موضع الاجتهاد الصحيح أو في موضع الشبهة، وأنه يصلح عذراً وشبهة، كالمحتجم إذا أفطر على ظن أنها فطرته، وكمن زنى بجارية والده أو زوجته على ظن أنها تحل له. والثالث الجهل في دار الحرب من مسلم لم يهاجر، وأنه يكون عذراً. ويحلق به جهل الشفيع وجهل الأمة بإعتاق وجهل البكر بنكاح ولي وجهل الوكيل والمأذون بالإطلاق وضده... وقالوا: لو لم تعلم الأمة بأن لها خيار العتق لا يبطل بسكوتها، ولو لم تعلم الصغيرة خيار البلوغ بطل... وفي آخر «**اليتيمة**» ظن لجهله أن ما فعله من المحظورات حلال له، فإن كان مما يعلم من دين النبي ﷺ ضرورة كفر، وإلا فلا... وفي إقرار «**اليتيمة**» سئل علي بن أحمد عن رجل أقر أن عليه فلان حنطة من سلم عقداه بينهما، ثم إنه بعد ذلك قال: سألت الفقهاء عن العقد فقالوا: هو فاسد فلا يجب على شيء، والمقر معروف بالجهل، هل يؤاخذ بإقراره، فقال: لا يسقط عنه الحق بدعوى الجهل اهـ. وقال قبله إذا أقر بالطلاق الثلاث على ظن صدق المفتي بالوقوع ثم تبين خطأه بإفتاء الأهل، لم يقع ديانة ولا يصدق في الحكم... ومما فرقوا بين العلم والجهل ما في وكالة «**الخانية**» الوكيل بقضاء الدين إذا دفعه إلى الطالب بعدما وهب الدين من المديون، قالوا: إن علم الوكيل بالهبة ضمن، وإلا فلا. ولو دفع إلى الطالب بعد ردته، قالوا: إن علم الوكيل بطريق الفقه أن الدفع إلى الطالب بعد ردته لا يجوز ضمن ما دفعه، وإلا فلا... وفي وكالة «**الولوالجية**» إذا عفا بعض الورثة عن القاتل عمداً ثم قتله الباقي، إن علم أن عفو البعض يسقط القصاص اقتص منه، وإلا فلا، لأن هذا مما يشكل على الناس».

ونورد بعد ذلك مثلين، في الأول منهما يعتبر الجهل بالقانون عذراً لخفاء الحكم، وفي الثاني لا يعتبر عذراً لوضوح الحكم بحيث يكون الجهل به تقصيراً.

جاء في «**مجمع الضمانات**» (٤٥٤): «الغزور لا يوجب الرجوع. فلو قال: اسلك هذا

الطريق فإنه آمن فسلكه فأخذه اللصوص، أو كل هذا الطعام فإنه ليس بمسموم فأكله فمات، لا ضمان». فلو سأل رجل آخر عن الطريق فقال له: اسلكه فإنه آمن، فهو لا يضمن إذا سلك الرجل الطريق وأخذته اللصوص. وهذا حكم فيه خفاء. فلو ظن أنه يضمن، فدفع، كان له أن يسترد ما دفع «**العقود الدرية**» (١/ ٢٨٥) پدرو ديب في نظرية الباعث في المذهب الحنفي (١٢٥) شكري قرداحي في «**القانون والأخلاق**» (٢/ ٣٧ ـ ٣٨). ذلك أن الجهل بالقانون هنا يعتبر عذراً، فيعتد بالغلط، ويكون الدفع وفاء بغير المستحق، فيجوز استرداده.

وجاء في «**البدائع**» (٥/ ١٥١): «. . . كمن اشترى منقولاً. فطلب جاره الشفعة، فظن المشتري أن له شفعة، فسلم إليه. ثم أراد أحدهما أن ينقض ذلك من غير رضا الآخر، لم يكن له ذلك، لأنه لما سلم إليه صار ذلك بيعاً بينهما». فالمشتري هنا ظن خطأ أن الشفعة تجوز في المنقول. وهذا جهل لا يعتبر عذراً لأنه ينطوي على تقصير في جانب المشتري لوضوح الحكم، فلا يجوز له الرجوع في البيع الذي اندفع إليه بسبب هذا الجهل، ويكون البيع لازماً[١].

المبحث الثاني

التدليس

المطلب الأول

التدليس في الفقه الغربي

التدليس والغلط:

التدليس هو إيقاع المتعاقد في غلط يدفعه إلى التعاقد. فالتدليس إذن لا يجعل العقد قابلاً

---

(١) لما كانت نصوص التقنين المدني العراقي أريد بها التوفيق ما بين أحكام الفقه الإسلامي والفقه الغربي (ممثلاً في التقنين المدني المصري)، فنورد من هذه النصوص ما يتعلق منها بالغلط: م(١١٧) ـ ١: إذا وقع غلط في محل العقد وكان مسمى ومشاراً إليه، فإن اختلف الجنس تعلق العقد بالمسمى وبطل لانعدامه. وإن اتحد الجنس واختلف الوصف، فإن كان الوصف مرغوباً فيه تعلق بالمشار إليه وينعقد لوجوده، إلا أن يكون موقوفاً على إجازة العقد. ٢ ـ فإذا بيع هذا الفص على أنه ياقوت فإذا هو زجاج، بطل البيع. ولو بيع هذا الفص ليلاً على أنه ياقوت أحمر، فظهر أصفر، أو بيعت البقرة على أنها حلوب فظهرت غير حلوب، يكون البيع موقوفاً على إجازة المشتري. م(١١٨): لا عبرة بالظن البين خطأه، فلا ينفذ العقد: ١ ـ إذا وقع غلط في صفة الشيء تكون جوهرية في نظر المتعاقدين أو وجب اعتبارها كذلك، للظروف التي تم فيها العقد ولما ينبغي في التعامل من حسن النية. ٢ ـ إذا وقع غلط في ذات المتعاقد أو في صفة من صفاته، وكانت تلك الذات أو هذه الصفة السبب الوحيد أو السبب الرئيسي في التعاقد. ٣ ـ إذا وقع غلط في أمور تبيح نزاهة المعاملات للمتعاقد الذي يتمسك بالغلط أن يعتبرها عناصر ضرورية للتعاقد. م(١١٩): لا يجوز للمتعاقد الذي وقع في غلط أن يتمسك به، إلا إذا كان المتعاقد الآخر قد وقع في نفس الغلط أو كان على علم به أو كان من السهل عليه أن يتبين وجوده. م(١٢٠): لا يؤثر في نفاذ العقد مجرد الغلط في الحساب ولا الغلط المادي، وإنما يجب تصحيح هذا الغلط.

للإبطال إلا للغلط الذي يولده في نفس المتعاقد. على أنه إذا وقع المتعاقد في غلط من شأنه أن يبطل العقد، فإن هناك فرقاً عمليًا بين أن يكون مصحوباً بالتدليس أو أن يكون غير مصحوب به. ويظهر أثر الفرق في أمرين:

أولاً: يسهل إثبات الغلط حيث يكون مصحوباً بالتدليس، فإن الطرق الاحتيالية التي تستعمل عادة في التدليس تكون غالباً طرقاً مادية يسهل إثباتها، فيثبت الغلط تبعاً لذلك. أما إذا لم يصحب الغلط تدليس، فإنه يصبح أمراً نفسيًا ليس من الميسور إثباته. ومن ثم كان إبطال العقد للتدليس أقل إخلالاً باستقرار التعامل من إبطال العقد للغلط.

ثانياً: إذا كان الغلط مصحوباً بالتدليس، فإن التدليس يكون سبباً في إلزام المدلس بالتعويض، وذلك إلى جانب إبطال العقد، إذا نجم عن التدليس ضرر. أما الغلط غير المصحوب بالتدليس فجزاؤه إبطال العقد، ولا محل للتعويض إلا إذا ثبت خطأ في جانب المتعاقد الذي علم بالغلط أو كان يستطيع أن يعلم به.

عناصر التدليس:

تنص المادة (١٢٥) من التقنين المدني على أنه: «١ ـ يجوز إبطال العقد للتدليس إذا كانت الحيل التي لجأ إليها أحد المتعاقدين أو نائب عنه في الجسامة بحيث لولاها لما أبرم الطرف الثاني العقد. ٢ ـ ويعتبر تدليساً السكوت عمداً عن واقعة أو ملابسة إذا ثبت أن المدلس عليه ما كان ليبرم العقد لو علم بتلك الواقعة أو هذه الملابسة». وتنص المادة (١٢٦) من نفس التقنين على أنه «إذا صدر التدليس من غير المتعاقدين. فليس للمتعاقد المدلس عليه أن يطلب إبطال العقد ما لم يثبت أن المتعاقد الآخر كان يعلم أو كان من المفروض حتماً أن يعلم بهذا التدليس» (انظر أيضاً المادتين (١٢٦ و١٢٧) من التقنين المدني السوري والمادتين (١٢٥ و١٢٦) من التقنين المدني الليبي، وهذه النصوص مطابقة لنصوص التقنين المدني المصري ـ وانظر المادتين (٢٠٨ و٢٠٩) من تقنين الالتزامات اللبناني وهما يتفقان في أحكامهما مع أحكام نصوص التقنين المدني المصري ـ وسنورد نصوص التقنين المدني العراقي في نهاية البحث).

ويستخلص من هذه النصوص أن للتدليس عنصرين: (١) استعمال طرق احتيالية. (٢) تحمل على التعاقد. ولا فرق بعد ذلك بين ما إذا كان التدليس قد صدر من أحد المتعاقدين أو صدر من الغير.

استعمال طرق احتيالية:

يجب أن تكون هذه الطرق كافية لتضليل المتعاقد، وينظر في ذلك إلى حالة كل متعاقد وظروفه وملابساته.

وكثيراً ما تكون الطرق الاحتيالية أعمالاً مادية: مظاهر من الإعلان تخدع الناس، أو اصطناع مستندات مزورة، أو اتخاذ صفات منتحلة، ونحو ذلك.

وقد يكون الكذب كافياً للتدليس، ما دام هذا الكذب قد ألبس على المتعاقد وجه الحق،

فدفعه إلى التعاقد غشًا وتضليلاً.

بل قد يكون للتدليس عملاً سلبياً محضاً. فيكفي مجرد الكتمان طريقاً احتياليًا إذا توافرت الشروط الآتية في الأمر الذي بقي مكتوماً: (١) أن يكون هذا الأمر خطيراً (٢) أن يعرفه العاقد المدلس ويتعمد كتمه. (٣) أن يجهله العاقد المدلس عليه ولا يستطيع أن يعرفه من طريق آخر. وأكثر ما يكون الكتمان تدليساً في عقود التأمين.

التدليس هو الدافع إلى التعاقد:

ويجب أن يكون التدليس هو الدافع إلى التعاقد. وقاضي الموضوع هو الذي يبت في ذلك، فيقدر مبلغ أثر التدليس في نفس العاقد المخدوع ليقرر ما إذا كان التدليس هو الذي دفعه إلى التعاقد، ويسترشد في ذلك بما تواضع عليه الناس في تعاملهم، وبحالة العاقد الشخصية من سن وذكاء وعلم وتجارب.

التدليس صادر من العاقد الآخر أو من الغير:

ويستوي أن يكون التدليس صادراً من أحد العاقدين أو صادراً من الغير. فإذا صدر التدليس من الغير، فليس للعاقد المدلس عليه أن يطلب إبطال العقد إلا إذا أثبت أن العاقد الآخر كان يعلم، أو كان من المفروض حتماً أن يعلم، بهذا التدليس.

المطلب الثاني

التدليس أو التغرير في الفقه الإسلامي

التدليس في الفقه الإسلامي أكثر بروزاً من الغلط:

إذا كنا قد شعرنا بالحاجة - في سبيل إقامة نظرية عامة للغلط في الفقه الإسلامي - إلى جمع مواد هذه النظرية من مظانها المختلفة، وإلى لمّ شتاتها من مواطن متفرقة، فلا حاجة بنا، ونحن نعرض الآن لنظرية التدليس، إلى هذا الجهد.

فالتغرير معروف في الفقه الإسلامي، ويتحدث عنه الفقهاء في أماكن متقاربة. بل هو، في الفقه المالكي وغيره من المذاهب، يدعى في بعض المواطن بالتدليس.

والسبب في بروز نظرية التغرير هو أن هذه النظرية لا ضير منها على استقرار التعامل. فالتغرير ليس كالغلط بالشيء النفسي الذي ينطوي عليه الضمير، وقد يعلم به العاقد الآخر وقد لا يعلم. إذ المدلس هو في العادة أحد العاقدين، فيعلم ضرورة بما وقع فيه العاقد المدلس عليه من الغلط، بل كان هو المتسبب فيه. وحتى إذا كان التدليس قد صدر من الغير، فإن هذا الغير لا بد أن يكون متواطئاً مع العاقد نفسه، أو في القليل لا بد أن يكون العاقد على علم بالتدليس الصادر من الغير أو أن يكون في استطاعته أن يعلم ذلك.

ففي نظرية التغرير إذن يمكن التوفيق، في كثير من اليسر، بين احترام الإرادة الحقيقية واستقرار التعامل. لذلك وصل الفقه الإسلامي في هذه النظرية إلى مدى بعيد، لا يقل عن المدى

الذي وصل إليه الفقه الغربي. فهو يعرف التغرير باستعمال طرق احتيالية، ويعرفه عن طريق مجرد الكذب، بل يعرفه عن طريق محض الكتمان. ثم هو، كالفقه الغربي، يعتد التدليس الصادر من الغير.

التغرير باستعمال طرق احتيالية:

وهذا ما يسمى بالتغرير الفعلي. ويقع بعمل من العاقد يقصد به إلى تضليل العاقد الآخر في حقيقة المعقود عليه، ويدفعه بذلك إلى التعاقد بغبن ولو كان يسيراً. من ذلك أن يصبغ الثوب القديم ليظهره جديداً. ومن ذلك أن يلطخ ثوب العبد بالسواد ليوهم أنه كاتب. ومن ذلك حبس أموال الرحى والقنى تخييلاً لكثرتها. ومن ذلك تسويد شعر الجارية لإخفاء بياضه، أو تجعيده لإخفاء سبطته، أو تحمير وجهها لتغطية صفرته، فتبدو الجارية أجمل مما هي ليزيد ثمنها. ومن ذلك تصرية الإبل والبقر والغنم لينتفخ ضرعها فيتوهم المبتاع أنها كثيرة اللبن. هذه جملة من الطرق الاحتيالية التي كانت تستعمل، وقد سجلها الفقه الإسلامي، هي وغيرها، في كثير من نصوصه. ونورد هنا طائفة من هذه النصوص.

وجاء في **«الحطاب»** (٤/ ٤٣٧ ـ ٤٣٨): «التغرير الفعلي، كالشرطي، وهو أن يفعل البائع في المبيع فعلاً يظن به المشتري كمالاً فلا يوجد. قاله ابن شاس، وهو أحسن من قول التوضيح والشارح وهو أن يفعل البائع في المبيع فعلاً يستر به عيبه فظهر في صورة السالم ا هـ، قصر هذا الكلام فيما يستر العيب فقط، وشمول الفعل لا يستر عيباً وإنما يظهر كمالاً... ومنه صبغ الثوب القديم ليظهر أنه جديد... ومنه... من ابتاع ثياباً فرقم عليها أكثر مما ابتاعها به وباعها برقمها ولم يقل: قامت علي بكذا، شدد مالك كراهة فعله واتقى فيه وجه الخلابة. ابن أبي زمنين: إن وقع خير فيه مبتاعه، وإن فات رد بقيمته... وقال في المسائل الملقوطة الغرر بالقول لا يضمن وفيه الخلاف، وبالفعل يضمن بلا خلاف». وجاء في **«المواق»** على هامش **«الحطاب»** (٤/ ٤٣٧): «قال ابن الحاجب: التغرير الفعلي كالشرطي، وهو فعل يظن به كمال، كتلطيخ الثوب بالمداد... وتصوير المازري أبين، قال كما لو باع غلاماً في ثوبه أثر المداد وبيده الدواة والقلم فإذا باع أمي. ومن هذا قول **«المدونة»**. ومن ابتاع ثياباً فرقم عليها أكثر مما ابتاعها وباعها برقمها ولم يقل: قامت علي بكذا، شدد مالك كراهة فعله واتقى وجه الخلابة. ابن أبي زمنين إن وقع خير فيه مبتاعه، وإن فات رد بقيمته». وأكثر كتب الفقه المالكي تتضمن عبارات مماثلة لما تقدم.

وفي الفقه الشافعي، جاء في **«نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج»** للرملي (٤/ ٧٣ ـ ٧٤): «وحبس ماء القناة وماء الرحى المرسل كل منهما عند البيع أو الإجارة، حتى يتوهم المشتري أو المستأجر كثرته فيزيد في عوضه، ومثلهما جميع المعاوضات. وتحمير الوجه وتوريمه ووضع نحو قطن في شدقها. وتسويد الشعر وتجعيده الدال على قوة البدن، وهو ما فيه التواء وانقباض لا كفلفل السودان، يثبت الخيار، بجامع التدليس أو الغرر، وشمل إطلاقه الذكر والأنثى... ولا بد من ثبوت الخيار من أن يكون ذلك بحيث لا يظهر لغالب الناس أنه مصنوع حتى لا ينسب المشتري إلى تقصير. لا لطخ ثوبه (أي الرقيق) بمداد تخييلاً لكتابته، أو إلباسه ثوباً نحو خباز

ليوهم أنه كاتب أو خباز، أو توريم ضرع الحيوان، فلا رد له به في الأصح، إذ ليس فيه كبير غرر لتقصير المشتري بعدم امتحانه والبحث عنه». ونرى من ذلك أن شرط الطرق الاحتيالية أن تكون بحيث تضلل غالب الناس، فإذا لم تكن كذلك وكان العاقد يستطيع أن يتبين الحقيقة فهو مقصر إذا لم يتبينها، ولا يثبت بها خيار التدليس. فتلطيخ ثوب العبد بالمداد، وإن كان فقهاء المالكية يرونه تدليساً فيما قدمناه، لا رد فيه المذهب الشافعي، إذ ليس فيه كبير غرر لتقصير المشتري بعدم امتحان العبد وكتب الشافعية حافلة بمثل ما قدمناه من العبارات.

وفي الفقه الحنبلي: جاء في «**الشرح الكبير على متن المقنع**» «**المغني**» (٤/ ٨٠ ـ ٨١): «خيار التدليس بما يزيد الثمن، كتصرية اللبن في الضرع، وتحمير وجه الجارية وتسويد شعرها وتجعيده، وجمع ماء الرحى وإرساله عند عرضها، فهذا يثبت للمشتري خيار الرد. . . وكذلك كل تدليس يختلف الثمن لأجله. . . . وبهذا قال الشافعي: ووافق أبو حنيفة في تسويد الشعر، وقال في تجعيده: لا يثبت خيار لأنه تدليس بما ليس بعيب، أشبه ما لو سود أنامل العبد ليظنه كاتباً أو حداداً، وما ذكروه ينتقص بتسويد الشعر. وأما تسويد أنامل العبد فليس بمنحصر في كونه كاتباً لأنه يحتمل أن يكون قد ولع بالدواة أو كان غلاماً لكاتب يصلح له الدواة فظنه كاتباً طمعاً لا يستحق به فسخاً». ونرى من ذلك أن الفقهاء، وإن اتفقوا على مبدأ التدليس، اختلفوا في تطبيقاته. فالشيء الواحد يعتبره بعض الفقهاء تدليساً، ولا يعتبره كذلك بعض آخر.

وفي الفقه الحنفي ـ وهو من أقل المذاهب اعتداداً بالتدليس ـ جاء في «**ابن عابدين**» (٤/ ١٤٩) عن بيع الشاة المصراة: «روى أن النبي ﷺ قال: «لا تُصَرّوا الإبل والغنم، فمن ابتاعها بعد ذلك فهو بخير النظرين بعد أن يحلبها، فإن رضيها أمسكها وإن سخطها ردها وصاعاً من تمر»، ـ متفق عليه «**شرح التحرير**». وتصروا بضم التاء وفتح الصاد من التصرية، وهي ربط ضرع الناقة أو الشاة وترك حلبها اليومين أو الثلاثة حيث يجتمع اللبن. قال الشارح في شرحه على «**المنار**» وهو مخالف للقياس الثابت بالكتاب والسنة والإجماع من أن ضمان العدوان بالمثل أو القيمة، والتمر ليس منهما، فكان مخالفاً للقياس، ومخالفته مخالفة للكتاب والسنة وإجماع المتقدمين، فلم يعمل به لما مر. فيرد قيمة اللبن عند أبي يوسف، وقال أبو حنيفة ويرجع على البائع بأرشها ا هـ. وفي «**شرح التحرير**» وقد اختلف العلماء في حكمها، فذهب إلى القول بظاهر الحديث الأئمة الثلاثة وأبو يوسف على ما في «**شرح الطحاوي**» للأسبيجابي نقلاً عن أصحاب «**الأمالي**» عنه، والمذكور عنه للخطابي وابن قديمة أنه يردها مع قيمة اللبن. ولم يأخذ أبو حنيفة ومحمد به لأنه خبر مخالف للأصول ا هـ. والحاصل كما في «**الحقائق**» أنه إذا اشتراها فحلبها فوجدها قليلة اللبن، ليس له أن يردها عندنا. وعند الشافعي وغيره له أن يردها مع اللبن لو قائماً، أو مع صاع تمر لو هالكاً. وهل يرجع بالنقصان عندنا، فعلى رواية الطحاوي نعم، قال في «**شرح المجمع**» وهو المختار، لأن البائع بفعل التصرية غرّ المشتري فصار كما إذا غرّه بقوله: إنها لبون». ونرى من ذلك أن المذهب الحنفي يعتد بالتدليس في التصرية والخلاف في الجزاء على هذا التدليس. فأبو حنيفة ومحمد لا يذهبان إلى حد فسخ العقد، ويقتصران على رجوع المشتري بالنقصان. أما أبو يوسف فيذهب مع الأئمة الثلاثة: مالك والشافعي وأحمد، إلى حد فسخ العقد.

ويورد صاحب **«الشرح الكبير على متن المقنع»** خلاصة لهذا الخلاف فيقول **«هامش المغني»** (٤/ ٨٠ ـ ٨١): «التصرية جمع اللبن في الضرع يقال: صرى الشاة وصرى اللبن في ضرع الشاة بالتشديد والتخفيف، ويقال: صرى الماء في الحوض، وصرى الطعام في فيه... قال البخاري: أصل التصرية حبس الماء، يقال: صريت الماء، ويقال للمصرّاة: المحفَّلة، وهو من الجمع أيضاً، ومنه سميت مجامع الناس محافل. والتصرية حرام إذا أريد بها التدليس على المشتري لقول النبي ﷺ: «لا تصروا الإبل». وروى ابن ماجه بإسناده عن النبي ﷺ أنه قال: «بيع المحفلات خلابة»... فمن اشترى مصراة من بهيمة الأنعام وهو لا يعلم تصريتها ثم علم، فله الخيار في الرد والإمساك. روي ذلك عن ابن مسعود وابن عمر وأبي هريرة وأنس، وإليه ذهب مالك وابن أبي ليلى والشافعي وإسحاق وأبو يوسف وعامة أهل العلم. وذهب أبو حنيفة ومحمد إلى أنه لا خيار له لأن ذلك ليس بعيب، بدليل أنها لو لم تكن مصراة فوجدها أقل لبناً من أمثالها لم يملك ردها، والتدليس بما ليس بعيب لا يثبت الخيار، كما لو علقها فانتفخ بطنها فظن المشتري أنها حامل. ولنا ما روى أبو هريرة عن النبي ﷺ أنه قال: لا تصروا الإبل والغنم، فمن ابتاعها فإنه بخير النظرين بعد أن يحلبها، إن شاء أمسك وإن شاء ردها وصاعاً من تمر، متفق عليه. وروى ابن عمر عن النبي ﷺ أنه قال: من ابتاع محفلة فهو بالخيار ثلاثة أيام، فإن ردها رد معها مثلي لبنها قمحاً، رواه أبو داود. ولأنه تدليس بما يختلف الثمن باختلافه فوجب به الرد، كالشمطاء إذا سود شعرها، وبه يبطل قياسهم فإن بياضه ليس بعيب كالكبر، وإذا دلسه ثبت له الخيار. وأما انتفاخ البطن فقد يكون لغير الحمل فلا معنى لحمله عليه. وعلى أن هذا القياس يخالف النص واتباع قول النبي ﷺ أولى، إذا ثبت هذا، فإنما يثبت الخيار إذا لم يعلم المشتري بالتصرية، فإن كان عالماً لم يثبت له الخيار. وقال أصحاب الشافعي يثبت له الخيار في وجه للخبر، ولأن انقطاع اللبن لم يوجد وقد يتبقى على حاله كما لو تزوجت عنيناً ثم طلبت الفسخ. ولنا أنه اشتراها عالماً بالتدليس فلم يكن له خيار، كما لو اشترى من سود شعرها عالماً بذلك، ولأنه دخل على بصيرة فلم يثبت له الرد كما لو اشترى معيباً يعلم عيبه، وبقاء اللبن على حاله نادر بعيد لا يعلق عليه حكم، والأصل الذي قاسوا عليه ممنوع».

وجاء في **«المواق»** **«على هامش الحطاب»** (٤/ ٤٣٧): «قال مالك حديث المصراة متبع ليس لأحد فيه رأي. وقال أشهب: لا نأخذ به لأنه قد جاء ما هو أثبت منه وهو الخراج بالضمان... وحديث الخراج بالضمان عام وحديث المصراة مخصص لبعض ما اشتمل عليه حديث الخراج بالضمان، والخصوص يقضي به على العام كما أن المفسر يقضي به على المجمل... وإن كان ذلك ببلد ليس عيشهم التمر أعطى الصاع من عيش ذلك البلد، وعيش أهل المصر الحنطة فليعطوا منها»[1].

---

(١) انظر في التصرية: **«المغني»** (٤/ ٢٣٣ ـ ٢٣٨)، **«الفروع»** (٢/ ٥٠٦ ـ ٥٠٧)، **«الحطاب»** (٤/ ٤٣٧ ـ ٤٣٩)، **«الخرشي»** (٥/ ١٣٣ ـ ١٣٥)، **«الصاوي»** (٢/ ٥٣)، **«الدسوقي»** (٣/ ١١٦ ـ ١١٩)، **«الآبي»** (٢/ ٤٢ ـ ٤٣)، **«المهذب»** (١/ ٢٨٢ ـ ٢٨٣)، **«الرملي»** (٤/ ٦٩ ـ ٧٣)، **«شرح البهجة»** لزكريا الأنصاري (٢/ ٤٥٤ ـ ٤٥٥)،

ومن الطرق الاحتيالية التي تستعمل للتدليس النجش في صورتيه. إذا تواطأ البائع مع الناجش لينجش السلعة فيعلي ثمنها ويبلغه إلى أكثر من قيمتها، فهذا تدليس يوجب للمشتري عند مالك خيار الرد. وإذا اتفق المشتري مع منافسيه ممن يرغبون في المزايدة على أن يكفوا، فيتمكن من شراء السلعة بثمن بخس، فهذا أيضاً تدليس يوجب للبائع عند مالك الخيار، وقد مضى القول في ذلك.

التغرير عن طريق مجرد الكذب:

بياعات الأمانة: :

حدد الفقه الإسلامي منطقة حراماً يفرض فيها على الناس الأمانة في التعامل إلى أبعد مدى، ولا يسمح فيها بأي غش، حتى ليجعل مجرد الكذب فيها خيانة وتدليساً. وهذه هي ما تسمى ببياعات الأمانة. فيفسح فيها الفقه الإسلامي السبيل لمن قلت خبرته في التعامل، أو في ضرب يقدم عليه من ضروبه، أن يتوقى غش الناس إياه، بأن يتبايع معهم على حدود مرسومة، فتعتبر مجاوزة هذه الحدود خديعة وتغريراً. وهكذا يتقدم الفقه الإسلامي لمعونة من هو في حاجة إلى الحماية، يدفع عنه الأذى، ويرفع عنه الغبن.

وجملة القول في بياعات الأمانة هذه أن المبتاع، وهو يحتكم إلى ضمير البائع ويطمئن إلى أمانته، يبتاع منه السلعة على أساس الثمن الذي اشترى به البائع نفسه هذه السلعة. فإما أن يزيده فيها قدراً معلوماً من الربح يضاف إلى الثمن الأصلي، ويسمى البيع مرابحة. وإما أن ينقصه قدراً معلوماً يطرح من الثمن الأصلي ويحمل البائع فيه الخسارة، ويسمى البيع وضيعة. وإما ألا يزيد ولا ينقص، بل يشتري السلعة بمثل ثمنها الأصلي، ويسمى البيع تولية إذا أخذ المشتري كل السلعة أو إشراكاً إذا أخذ جزءاً منها بما يقابله من الثمن.

ومن ثم نرى ما لبيان الثمن الأصلي الذي اشترى به البائع السلعة من أهمية وخطر. فهو الأساس الذي تقوم عليه الصفقة. فلا بد من أن يفضي به البائع بكل ما تقتضيه الأمانة ونزاهة التعامل من بيان وتفصيل. فالمشتري إنما يعقد الصفقة على هذا الأساس، ولا يرتضي لها أساساً آخر. فإن اختل انتقضت الصفقة. وهو قد ائتمن البائع ووثق في صدق قوله. لذلك يكون مجرد كذب البائع في الإفضاء بهذا البيان الجوهري خيانة وغشًّا وتدليساً، يزعزع التعامل في أساسه. ولا يكتفي من البائع ببيان مجمل عن الثمن، بل يجب عليه أن يبين ما أحاط الثمن من ملابسات، وما اقترن به من أوصاف. فيبين إن كان الثمن معجلاً أو نسيئة، مؤجلاً أو مقسطاً. ثم يبين إن كان قد دفع هذا الثمن نقداً أو بدين له على بائعه، وإن كان بدين فهل دفعه عن طريق المماكسة والمساومة أو على سبيل الصلح. ثم يذكر إن كانت السلعة بقيت على حالها عنده بعد أن اشتراها، أو هي تعيبت، وما إذا كان العيب حادثاً بفعل منه أو بفعل الغير أو قضاء وقدراً. كل هذه أوصاف

«**مغني المحتاج**» للشربيني (٢/ ٦٣ ـ ٦٥)، «**إعانة الطالبين**» للسيد البكري (٣/ ٣٢)، «**الشرقاوي**» على «**التحرير**» (٢/ ١٢ ـ ١٣)، قليوبي وعميرة على «**منهاج الطالبين**» (٢/ ٢٠٩ ـ ٢١٠).

وملابسات تؤثر في رضاء المشتري بالصفقة، والكذب فيها أو الانتقاص منها يجعل البيع مشوباً بالغش والتدليس[١].

والفقه الحنفي - وقد رأيناه يستعصى على التدليس في صوره المتقدمة - لا يتأخر هنا عن المذاهب الأخرى في الاعتراف ببياعات الأمانة، وفي وفائها حقها من التفصيل والبيان.

جاء في **«المبسوط»** للسرخسي (١٣/ ٧٨): «وإذا اشترى شيئاً بنسيئة، فليس له أن يبيعه مرابحة حتى يبين أنه اشتراه بنسيئة. لأن بيع المرابحة بيع أمانة، تنفي عنه كل تهمة وجناية، ويتحرز فيه من كل كذب، وفي معاريض الكلام شبهة، فلا يجوز استعمالها في بيع المرابحة. ثم الإنسان في العادة يشتري الشيء بالنسيئة بأكثر مما يشتري بالنقد، فإذا أطلق الأخبار بالشراء فإنما يفهم السامع الشراء بالنقد، فكان من هذا الوجه كالمخبر بأكثر مما اشترى به، وذلك جناية في بيع المرابحة. يوضحه أن المؤجل نقص في المالية من الحال، ولهذا حرم الشرع النساء عند وجود أحد الوصفين للفضل الخالي عن المقابلة حكماً. فإذا باعه وكتم ذلك، فالمشتري بالخيار إذا علم بالتدليس الموجود من البائع، وهذا لأن المشتري إنما التزم ربحاً بناء على خبره أنه اشتراه لنفسه بكذا من الثمن، فلو علم أنه اشتراه بالنسيئة لم يرغب في شرائه بالنقد بذلك القدر من الثمن، فضلاً عن أن يعطيه على ذلك ربحاً. فلحاجته إلى دفع الضرر أثبتنا له الخيار».

وجاء في **«البدائع»** (٥/ ٢٢٣): «أن بيع المرابحة والتولية بيع أمانة، لأن المشتري ائتمن البائع في إخباره عن الثمن الأول من غير بينة ولا استحلاف، فتجب صيانتها عن الخيانة وعن سبب الخيانة والتهمة، لأن التحرز عن ذلك كله واجب ما أمكن. . . إذا حدث بالسلعة عيب في يد البائع أو في يد المشتري، فأراد أن يبيعها مرابحة ينظر، إن حدث بآفة سماوية له أن يبيعها مرابحة بجميع الثمن من غير بيان عندنا، وقال زفر والشافعي رحمهما الله لا يبيعها مرابحة حتى يبين، وإن حدث بفعله أو بفعل أجنبي لم يبعه مرابحة حتى يبين بالإجماع. . . ولو حدث من المبيع زيادة، كالولد والثمرة والصوف واللبن والعقر، لم يبعه مرابحة حتى يبين، لأن الزيادة المتولدة من المبيع مبيعة عندنا حتى تمنع الرد بالعيب وإن لم يكن لها حصة من الثمن للحال، فهذا حبس بعض المبيع وبيع الباقي، فلا يجوز من غير بيان. . . ولو اشترى شيئاً نسيئة لم يبعه مرابحة حتى يبين، لأن للأجل شبهة المبيع وإن لم يكن مبيعاً حقيقة لأنه مرغوب فيه، ألا ترى أن الثمن قد يزاد لمكان الأجل، فكان له شبهة أن يقابله شيء من الثمن، فيصير كأنه اشترى شيئين ثم باع أحدهما مرابحة على ثمن الكل، لأن الشبهة ملحقة بالحقيقة في هذا الباب، فيجب التحرز عنها بالبيان، ولو اشترى من إنسان شيئاً بدين له عليه، له أن يبيعه مرابحة من غير بيان. ولو أخذ شيئاً صلحاً من دين له على إنسان، لا يبيعه مرابحة حتى يبين. ووجه الفرق أن مبني الصلح على الحط والإغماض والتجوز بدون الحق، فلا بد من البيان ليعلم المشتري أنه سامح أم لا فيقع التحرز عن التهمة.

---

(١) وشبيه ذلك عقود التأمين في الفقه الغربي، فهذه هي أيضاً عقود أمانة، لا يجوز فيها للمؤمن عليه أن يكذب أو أن يعطي شركة التأمين بياناً خاطئاً، أو يكتم أمراً له تأثير في التعاقد، وإلا جاز للشركة إبطال العقد.

ومبنى الشراء على المضايقة والمماكسة، فلا حاجة إلى البيان، وفرق آخر أن في الشراء لا تتصور الخيانة لأن الشراء لا يقع بذلك الدين بعينه بل بمثله، وهو أن يجب على المشتري مثل ما في ذمة المديون فيلتقيان قصاصاً لعدم الفائدة، والدليل على أنه كذلك أنه لو اشترى ثم تصادقا على أنه لم يكن عليه دين لم يبطل الشراء، ولو وقع الشراء بذلك الدين بعينه لبطل الشراء، وإذا لم يقع الشراء بذلك الدين بعينه لا تتقدر الخيانة كما إذا اشترى منه ثوباً بعشرة دراهم ابتداء. بخلاف الصلح فإنه يقع بما في الذمة على البدل المذكور، ألا ترى أنهما لو تصادقا بعد عقد الصلح على أنه لم يكن عليه دين يبطل الصلح، فاحتمل تهمة المسامحة والتجوز بدون الحق، فوجب التحرّز عن ذلك بالبيان. ولو اشترى ثوباً بعشرة دراهم ورقمه اثني عشر، فباعه مرابحة على الرقم من غير بيان جاز إذا كان الرقم معلوماً والربح معلوماً، ولا يكون خيانة لأنه صادق، لكن لا يقول: اشتريته بكذا لأنه يكون كاذباً فيه. وروى عن أبي يوسف أن المشتري إذا كان لا يعلم عادة التجار وعنده أن الرقم هو الثمن، لم يبعه مرابحة على ذلك من غير بيان. وكذلك لو ورث مالاً فرقمه ثم باعه مرابحة على رقمه، لا يجوز لما قلنا».

وجاء في **«الهداية» «فتح القدير»** (٥/ ٢٥٦): «فإن اطلع المشتري على خيانة في المرابحة، فهو بالخيار عند أبي حنيفة رحمه الله إن شاء أخذه بجميع الثمن وإن شاء تركه، وإن اطلع على خيانة في التولية أسقطها من الثمن. وقال أبو يوسف رحمه الله يحط فيهما. وقال محمد رحمه الله: يخير فيهما. لمحمد رحمه الله أن الاعتبار للتسمية لكونه معلوماً، والتولية والمرابحة ترويج وترغيب فيكون وصفاً مرغوباً فيه كوصف السلامة، فيتخير بفواته. ولأبي يوسف رحمه الله أن الأصل فيه كونه تولية ومرابحة. ولهذا ينعقد بقوله: وليتك بالثمن الأول أو بعتك مرابحة على الثمن الأول إذا كان ذلك معلوماً، فلا بد من البناء على الأول وذلك بالحط، غير أنه يحط في التولية قدر الخيانة من رأس المال وفي المرابحة منه ومن الربح. ولأبي حنيفة رحمه الله أنه لو لم يحط في التولية لا تبقى تولية، لأنه يزيد على الثمن الأول فيتغير التصرف فتعين الحط، وفي المرابحة لو لم يحط تبقى مرابحة وإن كان يتفاوت الربح فلا يتغير التصرف، فأمكن القول بالتخيير. فلو هلك قبل أن يرده، أو حدث فيه ما يمنع الفسخ، يلزمه جميع الثمن في الروايات الظاهرة، لأنه مجرد خيار لا يقابله شيء من الثمن كخيار الرؤية والشرط، بخلاف خيار العيب لأنه المطالبة بتسليم الفائت فيسقط ما يقابله عند عجزه».

ونرى من ذلك أن العبرة في المرابحة والتولية عند أبي يوسف بالثمن الأول، فهو الذي انبنى عليه العقد، فإن اطلع المشتري على خيانة حطها من الثمن الذي اشترى به حتى يحتفظ للعقد بتوازنه المتفق عليه. والعبرة عند محمد بالثمن المسمى الذي اشترى به المبتاع. وقد قام العقد عليه، وانعدام الخيانة وصف مرغوب فيه فإن ظهرت خيانة تخير المشتري. والعبرة عند أبي حنيفة بالثمن الأول في التولية، لأن التولية لا تكون تولية إذا اشترى المبتاع بثمن يزيد أو ينقص، فإن ظهرت خيانة تعين حطها. أما في المرابحة فالعبرة عند أبي حنيفة بالثمن المسمى الذي اشترى به المبتاع، إذا الخيانة في المرابحة لا تغير من وصفها بل تبقى مرابحة ولكن بربح أكبر، فإن ظهرت خيانة كان هذا فواتاً لوصف مرغوب فيه فيتخير المشتري. ولما كانت المواضعة بيعاً بمثل الثمن

الأول من نقصان شيء معلوم منه، فيعتبر لها من الشرائط والأحكام ما يعتبر للمرابحة[1].

والفقه المالكي يعرف بياعات الأمانة كالفقه الحنفي. فمن ذلك ما جاء في «**المدونة**» (١٠/ ٥٩ ـ ٦٢): «قلت: أرأيت لو ورثت متاعاً فرقمته فبعته مرابحة على رقمه، أيجوز ذلك في قول مالك؟ قال: لا، لأن مالكاً قال لي في الذي يشتري المتاع ثم يرقم عليه فيبيعه مرابحة على ما رقم أن ذلك لا يجوز، فالذي ورث المتاع أشد من هذا عندي لأنه من وجه الخديعة والغش. . . قلت: أرأيت إن اشتريت جارية فذهب ضرسها فأردت أن أبيعها مرابحة؟ قال: لا حتى تبين، قلت: وكذلك إن أصابها عيب بعد ما اشترى لم يبع حتى يبين؟ قال: نعم. قال: وقال مالك: ولا يبيعها على غير مرابحة حتى يبين ما أصابها عنده. . . قلت: أرأيت إن اشتريت جارية فظهرت على عيب بها بعدما اشتريتها فرضيتها، أيصلح لي أن أبيعها مرابحة ولا أبين وأقول: قامت علي بكذا وبكذا في قول مالك؟ قال: لا يصلح له أن يبيعها مرابحة حتى يبين أنه اشتراها بكذا أو بكذا بغير عيب ثم اطلع على هذا العيب فرضي الجارية بذلك. لأنه لو شاء أن يردها ردها. . . قلت: أرأيت من اشترى سلعة بدين إلى أجل أيجوز له أن يبيعها مرابحة نقداً؟ قال: قال مالك: لا يصلح له أن يبيعها مرابحة إلا أن يبين. قال: وقال مالك: وإن باعها مرابحة ولم يبين رأيت البيع مردوداً، وإن فاتت رأيت له قيمة سلعته يوم قبضها المبتاع نقداً. قال سحنون: ولا يضرب له الربح على القيمة، قلت: فإن كانت القيمة أكثر مما باعها به؟ قال: فليس له إلا ذلك ويعجل له ولا يؤخر، وإنما قال مالك له قيمة سلعته وهكذا يكون. قلت: أرأيت إن قال المشتري: أنا أقبل السلعة إلى ذلك الأجل ولا أردها قال: لا خير فيه ولا أحب ذلك. قلت: أرأيت إن اشتريت سلعة بعشرة دراهم نقداً، ثم أخرني البائع بالدراهم سنة، فأردت أن أبيع مرابحة كيف أبيع في قول مالك؟ قال: لا تبع حتى تبين، لأن مالكاً قال: لا تبع إذا نقدت غير ما وجبت به الصفقة حتى تبين، فكذلك الأجل الذي أجلك بالدراهم لا تبع حتى تبين الأجل. قلت: أرأيت إن اشتريت سلعة بعشرة دراهم، فنقدت فيها عشرة، فأصاب البائع فيها درهماً زائفاً فتجوزه عني، كيف أبيع مرابحة في قول مالك؟ قال: بين ما نقدت في ثمنها وما تجوز عنك ثم تبيع مرابحة. . . قلت: أرأيت إن اشتريت جارية فزوجتها، أأبيعها مرابحة ولا أبين؟ قال: لم أسمع من مالك فيه شيئاً، ولا أرى أن تبيع حتى تبين، لأن التزويج لها عيب، ولا تبيعها أيضاً غير مرابحة حتى تبين أن لها زوجاً». ونرى من هذا النص أن إخفاء الغيب، وهو عمل سلبي محض، حتى لو كان في غير بياعات الأمانة، يعتبر تدليساً، فقد قال مالك: لا يبيعها على غير مرابحة حتى يبين ما أصابها عنده. وقال أبو القاسم: ولا تبيعها أيضاً غير مرابحة حتى تبين أن لها زوجاً.

وجاء في «**القوانين الفقهية**» لابن جزي (٢٦٣ ـ ٢٦٤): «لا يجوز الكذب في التعريف

---

(١) انظر في بياعات الأمانة في الفقه الحنفي: «**المبسوط**» (١٣/ ٧٨ ـ ٩١)، «**البدائع**» (٥/ ٢٢٠ ـ ٢٢٨)، «**فتح القدير**» (٢٥٢ ـ ٢٦٣)، «**الجوهرة المنيرة**» (١/ ٢٠٨ ـ ٢١٢)، «**الزيلعي**» (٤/ ٧٣ ـ ٨٩)، «**البحر الرائق**» (٦/ ١٠٦ ـ ١١٥)، «**العيني**» (٢/ ٢٩ ـ ٣٢)، «**مجمع الأنهر**» (٢/ ٧٤ ـ ٧٩)، «**الفتاوى الهندية**» (٣/ ١٦٠ ـ ١٦٥)، «**ابن عابدين**» (٤/ ٢٣٥ ـ ٢٤٦).

بالثمن، فإن كذب ثم اطلع المشتري على الزيادة في الثمن، فالمشتري مخير من أن يمسك بجميع الثمن أو يرده، إلا أن يشاء البائع أن يحط عنه الزيادة وما ينوبها من الربح فيلزمه الشراء. وقال أبو حنيفة لا يلزمه». فحكم المرابحة في مذهب مالك تخيير المشتري، إلا أن يشاء البائع أن يحط الزيادة وما أصابها من الربح فيلزم البيع، فيجمع المذهب بذلك بين التخيير ويكون للمشتري، وحط الزيادة ويكون للبائع[1].

وكذلك الفقه الشافعي يعرف بياعات الأمانة. جاء في «**المهذب**» (١/ ٢٨٨ - ٢٩٠): «ومن اشترى سلعة جاز له بيعها برأس المال وبأقل منه وبأكثر منه لقوله ﷺ: إذا اختلف الجنسان فبيعوا كيف شئتم. ويجوز أن يبيعها مرابحة، وهو أن يبين رأس المال وقدر الربح... ويجوز أن يبيعها مواضعة... إذا أخبر أن رأس المال مائة وباع على ربح درهم في كل عشرة، ثم قال: أخطأت أو قامت البينة أن الثمن كان تسعين، فالبيع صحيح... لأن البيع عقد على ثمن معلوم وإنما سقط بعضه بالتدليس... وأما الثمن الذي يأخذه به ففيه قولان: أحدهما أنه مائة وعشرة لأن المسمى في العقد مائة وعشرة. فإذا بان تدليس من جهة البائع لم يسقط من الثمن شيء كما لو باعه شيئاً بثمن فوجد به عيباً.

والثاني أن الثمن تسعة وتسعون، وهو الصحيح لأنه نقل ملك يعتبر فيه الثمن الأول، فإذا أخبر بزيادة وجب حط الزيادة كالشفعة والتولية، ويخالف العيب فإن هناك الثمن هو المسمى في العقد وههنا الثمن هو رأس المال وقدر الربح وقد بان أن رأس المال تسعون والربح تسعة. فإن قلنا: إن الثمن مائة وعشرة، فهو بالخيار بين أن يمسك المبيع بالثمن وبين أن يفسخ، لأنه دخل على أن يأخذ المبيع برأس المال وهذا أكثر من رأس المال فثبت له الخيار». ونرى من ذلك أن الصحيح في مذهب الشافعي هو حط الزيادة وما أصابها من الربح كقول أبي يوسف. وفي المذهب قول آخر هو تخيير المشتري، ويتفق مع قول أبي حنيفة ومحمد[2].

والفقه الحنبلي يعرف هو أيضاً بياعات الأمانة[3]. ويوجب الحط متفقاً في ذلك مع قول أبي يوسف. جاء في «**الشرح الكبير على متن المقنع**» (٤/ ١٠٠ - ١٠٣): «السادس خيار يثبت في التولية والشركة والمرابحة والمواضعة... ومعنى التولية البيع برأس المال... والشركة بيع بعضه بقسطه من الثمن... والمرابحة أن يبيعه بربح فيقول رأس مالي فيه مائة، بعتكه بها وربح

---

(١) انظر في بياعات الأمانة في الفقه المالكي: «**الحطاب**» (٤/ ٤٨٨ - ٤٩٥)، «**الصاوي**» (٢/ ٧٢ - ٧٦)، «**الدسوقي**» (٣/ ١٦٠ - ١٧١)، «**الخرشي**» (٥/ ١٧١ - ١٨٠)، «**الآبي**» (٢/ ٥٥ - ٥٨)، «**البهجة في شرح التحفة**» للتسولي (٢/ ١٥٠ - ١٥٥).

(٢) انظر في بياعات الأمانة في الفقه الشافعي: «**مغني المحتاج**» للشربيني (٢/ ٧٦ - ٨٠)، «**نهاية المحتاج**» للرملي (٤/ ١٠٤ - ١١٥)، «**الشرقاوي**» على «**التحرير**» (٢/ ٣٨ - ٤٠)، قليوبي وعميرة «**على منهاج الطالبين**» (٢/ ٢١٩ - ٢٢٤).

(٣) انظر في بياعات الأمانة في الفقه الحنبلي: «**الشرح الكبير على متن المقنع**» (٤/ ١٠٠ - ١٠٨)، «**المغني**» (٤/ ٢٥٩ - ٢٩٤) «**الفروع**» (٢/ ٥٢٢ - ٥٢٨).

عشرة. . . والمواضعة أن يقول: بعتكه بها ووضيعة درهم من كل عشرة، فيلزم المشتري تسعون درهماً. . . فإن باعه السلعة مرابحة، مثل أن يخبره أن ثمنها مائة ويربح عشرة، ثم علم ببينة أو إقرار أن ثمنها تسعون، فالبيع صحيح، لأنه زيادة في الثمن فلم يمنع الصحة كالعيب. وللمشتري الرجوع على البائع بما زاد في الثمن وهو عشرة وحظها من الربح وهو درهم، فيبقى على المشتري تسعة وتسعون درهماً. وبهذا قال الثوري وابن أبي ليلى وهو أحد قولي الشافعي. وقال أبو حنيفة يخير بين الأخذ بكل الثمن أو يترك قياساً على العيب. ولنا أنه باعه برأس ماله وما قدره من الربح، فإذا بان رأس ماله قدراً، كان مبيعاً به وبالزيادة التي اتفقا عليها. والمعيب كذلك عندنا، فإن له أخذ الأرش. ثم الفرق بينهما أن المعيب لم يرض فيه إلا بالثمن المذكور، وههنا رضي فيه برأس المال والربح المقدر. وهل للمشتري الخيار: فالمنصوص عن أحمد أن المشتري مخير بين أخذ المبيع برأس ماله وحصته من الربح وبين تركه. نقل ذلك حنبل، وهو قول للشافعي. لأن المشتري لا يأمن الخيانة في هذا الثمن أيضاً. . . ظاهر كلام الخرقي أنه لا خيار له، وحكى قولاً للشافعي، لأنه رضيه بمائة وعشرة فإذا حصل له بدون ذلك فقد زاده خيراً، فلم يثبت له الخيار، كما لو اشتراه على أنه معيب فبان صحيحاً، أو وكل في شراء معين بمائة فاشتراه بتسعين. وأما البائع فلا خيار له، لأنه باعه برأس ماله وحصته من الربح وقد حصل له ذلك». وجاء أيضاً في (١٠٨): «قال أحمد: المساومة عندي أسهل من بيع المرابحة، لأن بيع المرابحة يعتريه أمانة واسترسال من المشتري، ويحتاج فيه إلى تعيين الحال على وجهه، ولا يؤمن هوى النفس في نوع تأويل وخطر، فيكون على خطر وغرر، فتجنب ذلك أسلم وأولى».

بيع الاسترسال:

وإلى جانب بياعات الأمانة - وفي نفس المنطقة التي تسود فيها نزاهة التعامل - يعرف الفقه المالكي والفقه الحنبلي بيعاً آخر هو بيع المسترسل أو المستأمن. وفيه يكشف العاقد عن خبيئة نفسه، ويبين أنه لا دراية له فيما هو بسبيله من التعامل، وأنه يستأمن المتعامل معه، ويستنصحه ويسترسل إلى نصحه، ويطلب إليه أن يبيع منه أو يشتري بما تبيع الناس، أو تشتري به. فالأساس هنا، ليس هو الثمن الأصلي كما في بياعات الأمانة، بل هو سعر السوق، فإذا لم يصدقه المتعامل معه، ولم يكشف له عن حقيقة سعر السوق. بل كذب عليه في ذلك وغبنه، فإن هذا الكذب وحده يعتبر غشًا وتدليساً يوجب للعاقد المغبون خيار الرد.

ويسهب الفقه المالكي في بيع المسترسل. من ذلك ما جاء في **«الحطاب»** (٤/ ٤٧٠): «وأما بيع الاستئمان والاسترسال فهو أن يقول الرجل: اشتر مني سلعتي كما تشتري من الناس فإني لا أعلم القيمة، فيشتري منه بما يعطيه من الثمن. وقال ابن حبيب: إن الاسترسال إنما يكون في البيع أن يقول الرجل للرجل: بعني كما تبيع الناس، وأما في الشراء فلا. ولا فرق بين البيع والشراء إذا كان الاسترسال والاستنامة. واجب بالإجماع، لقوله ﷺ: غبن المسترسل ظلم»[1]. وجاء في

(١) ويذهب بعض الفقهاء إلى أن الاسترسال يكون أيضاً بأن يقول العاقد لصاحبه: لا خلابة، أي لا غش بيننا في

«الشرح الكبير» للدردير **«هامش الدسوقي»** (٣/ ١٤١ ـ ١٤٢): «إلا أن يستسلم المغبون ويخبره (أي يخبر صاحبه) بجهله، تفسير للاستسلام، بأن يقول المشتري للبائع: بعني، كما تبيع للناس فإني لا أعلم القيمة، أو يقول البائع للمشتري: اشتر مني كما تشتري من غيري، أو غير ذلك، أو يستأمنه بأن يقول أحدهما للآخر: ما قيمته، لأشتري بها أو لأبيع بها فيقول له: قيمته كذا والحال أنه ليس كذلك. فهو تنويع ظاهري، والمؤدى واحد. فله الرد حينئذ قطعاً، أو لا يرد مطلقاً. تردد. والمعتمد منه الأول». ويقول الدسوقي تعقيباً على ما تقدم: «قوله: والمؤدى واحد: أي ومن أن موجب الرد جهل البائع أو المشتري وكذب الآخر عليه. فمتى كان هناك جهل من أحدهما وكذب عليه الآخر فالرد، وإن لم يكن جهل فلا رد. قوله: فله الرد حينئذ: أي حين أخبره بجهله أو استأمنه فكذب عليه، ولو كان الغبن بأقل من الثلث. وأما لو وقع البيع على وجه المكايسة، فلا رد بالغبن لكن ما ذكره من القطع، أي الاتفاق على الرد إذا كان هناك استسلام بأن أخبره بجهله أو استأمنه، مخالف لما ذكره بعد ذلك من قوله أو لا ترد مطلقاً. وأجيب بأن المراد اتفاقاً بحسب ما ظهر لذلك القائل، كذا ذكر شيخنا. قوله: أو لا يرد مطلقاً، أي سواء وقع البيع على وجه الاستسلام أو المكايسة. قوله: تردد، أي طريقتان. . . قوله: المعتمد منه الأول، أي وهو ما ذكره المصنف من أن محل عدم الرد بالغبن إذا وقع البيع على وجه المكايسة، وأما إن وقع على وجه الاستسلام بأن أخبره بجهله أو استأمنه فإنه يرد للرجوع للغش والخديعة، حتى إن بعضهم أنكر القول الثاني القائل بعدم الرد مطلقاً». وبذكر الدردير حكم بيع الاسترسال ببيان أوضح في **«الشرح الصغير»** **«هامش الصاوي»** (٢/ ٦٣): «إلا أن يستسلم أحد المتبايعين بصاحبه، بأن يخبره بجهله، كأن يقول المشتري: أنا لا أعلم قيمة هذه السلعة فبعني كما تبيع الناس، فقال البائع: هي في العرف بعشرة فإذا هي بأقل أو يقول البائع: أنا لا أعلم قيمتها فاشتر مني كما تشتري من الناس، فقال: هي في عرفهم بعشرة فإذا هي بأكثر. فللمغبون الرد على المعتمد، بل اتفاق وذكر الشيخ فيه التردد معترض بأنه لم يخالف فيه أحد. وإنما الخلاف في الغبن من غير استسلام إذا كان المغبون جاهلاً، فإن كان عارفاً فلا قيام له اتفاقاً. فإن استسلم الجاهل فالرد متفق عليه، بل حكى ابن رشد عليه الإجماع، فحكاية الشيخ فيه التردد من السهو البين». ونرى من ذلك أن الدردير يلخص

التعامل. جاء في **«الحطاب»** (٤/ ٤٧٣) في هذا الصدد ما يأتي: **«في الصحيح أنه ﷺ قال للرجل الذي يخدع في البيوع: «(حبان) إن بايعت فقل: لا خلابة»، فكان إذا بايع يقول: لا خيابة بالياء موضع اللام. قال الآبي:** وانظر لو قلت هذه الكلمة اليوم في العقد ثم ظهر العيب. فقال أحمد بن حنبل: يوجب القيام بالغبن. وقال الأكثرون: لا يوجب قولها قياماً بالغبن ثم اختلفوا. فقيل: لأنها خاصة بالرجل. وقيل: لأنه أمره أن يشترط ويصدر الشرط بهذه الكلمات حضاً على النصيحة، فإنه رأى أنه قال له قل: لا خلابة واشترط الخيار ثلاثة أيام. وقيل: أمره بذلك ليعلم من يبيع منه أنه لا بصيرة له فينظر له كما ينظر لنفسه. . . وقوله في الحديث: فكان إذا بايع قال: لا خيابة بالياء التحتية لأنه كان ألثغ يخرج اللام مخرج الياء. . . وهذا الرجل اسمه حبان. . . كان قد بلغ مائة وثلاثين سنة، شج في بعض المغازي معه ﷺ فأصابته مأمومة وتغير منها لسانه والله أعلم».

المذهب تلخيصاً واضحاً فيقول: إذا كان المغبون عارفاً فلا رد اتفاقاً، وإن كان جاهلاً غير مستسلم فالرد فيه خلاف، وإن كان جاهلاً مستسلماً فالرد متفق عليه[١].

ومما ورد في بيع الاسترسال في مذهب أحمد ما جاء في **«الشرح الكبير على متن المقنع»** (٤/ ٧٩): «الثالثة (أي الصورة الثالثة من خيار الغبن) المسترسل إذا غبن الغبن المذكور. يعني إذا غبن غبناً يخرج عن العادة، كما ذكرنا في تلقي الركبان والنجش، يثبت له الخيار بين الفسخ والإمضاء. وبه قال مالك. قال ابن أبي موسى وقيل: قد لزمه البيع ولا فسخ له، وهو مذهب أبي حنيفة والشافعي، لأن نقصان قيمة السلعة مع سلامتها لا يمنع لزوم العقد، كغير المسترسل وكالغبن اليسير. ولنا أنه غبنٌ حصل لجهله بالمبيع فأثبت الخيار، كالغبن في تلقي الركبان فأما غير المسترسل فإنه دخل على بصيرة بالغبن فهو كالعالم بالعيب، وكذا لو استعجل فجهل ما لو تثبت لعلمه لم يكن له خيار لأنه انبنى على تفريطه وتقصيره. والمسترسل هو الجاهل بقيمة السلعة ولا يحسن المبايعة. قال أحمد: المسترسل الذي لا يحسن أن يماكس، وفي لفظ الذي لا يماكس، فكأنه استرسل إلى البائع فأخذ ما أعطاه من غير مماكسة ولا معرفة بغبنه. ولا حد للغبن في المنصوص عن أحمد. وحده أبو بكر في **«التنبيه»** وابن أبي موسى في **«الإرشاد»** بالثلث، وهو قول مالك، لقول النبي ﷺ: «والثلث كثير». وقيل: السدس. والأولى تحديده بما لا يتغابن الناس به في العادة، لأن ما لا يرد الشرع بتحديده يرجع فيه إلى العرف». وجاء في **«الفروع»** (٢/ ٥٠٩): «ويثبت (الخيار) على أن يصح لمسترسل جاهل بالقيمة إذا غبن، وفي المذهب أو جهلها لعجلته، وعنه ولمسترسل إلى البائع لم يماكسه، اختاره شيخنا وذكره المذهب. وفي الانتصار له الفسخ ما لم يعلمه أنه غال وأنه مغبون فيه. قال أحمد: اشتر وماكس. . . . ونص أحمد الغبن عادة. وقيل: الثلث. وقيل: السدس». ويتبين مما تقدم أن مذهب أحمد يشترط في الرد في بيع الاسترسال أن يكون هناك غبن فاحش، أما مذهب مالك فيكتفي بالغبن اليسير.

التغرير القولي: ويضع الفقهاء إلى جانب التغرير الفعلي التغرير القولي. فالتغرير الفعلي يكون بفعل، وهو ما قدمناه في الطرق الاحتيالية. والتغرير القولي يكون بقول، أي بمجرد الكذب. فيكون الكذب تدليساً لا في بياعات الأمانة وبيع المسترسل فحسب ـ وهذه هي منطقة الأمانة في التعامل كما قدمنا ـ بل أيضاً في غير هذه المنطقة، أي في التعامل بالمماكسة والمساومة. فمتى كان الكذب من شأنه التغرير بالمتعاقد وإلحاق الغبن به. كان هذا تدليساً يوجب الخيار. غير أن الغبن في التغرير القولي يجب أن يكون فاحشاً، بخلاف التغرير الفعلي فقد رأينا أنه يكفي فيه الغبن اليسير.

على أن الرد بالتغرير القولي، في غير منطقة الأمانة، على النحو الذي قدمناه، محل للخلاف. ويبين ذلك من النصوص الآتية:

---

(١) انظر أيضاً في بيع الاسترسال في المذهب المالكي: **«الخرشي»** (٥/ ١٥٢ ـ ١٥٣)، **«الأبي»** (٢/ ٤٩ ـ ٥٠)، **«التسولي والتاودي على التحفة»** (٢/ ١٠٦ ـ ١٠٨)، **«القوانين الفقهية»** لابن جزي (٢٦٤).

جاء في «**الحطاب**» (٤/٤٣٨): «وقال في المسائل الملقوطة: الغرر بالقول لا يضمن وفيه الخلاف، وبالفعل يضمن بلا خلاف. فالأول كمسألة الصيرفي ينقد الدراهم ثم يظهر فيها زائف، ومسألة الخياط يقيس الثوب ويقول يكفي فيفصله فينقص، والدليل يخطىء الطريق، والغار في الأمة يقول: إنها حرة، ومن أعار شخصاً إناء مخروقاً وهو يعلم به وقال: إنه صحيح، ومن قال لرجل في رمضان: كل فإن الفجر لم يطلع وقد علم طلوعه. ومنها أيضاً قال في مسائل أجوبة القرويين في القائل لرجل: بع سلعتك من فلان لأنه ثقة ومليء، فوجده بخلاف ذلك، فقال: لا يغرم شيئاً إلا أن يغره وهو يعلم بحاله».

وجاء في «**الدر المختار**» (انظر «**عابدين**» ٤/٢٤٧ ـ ٢٥٠): «الغرور لا يوجب الرجوع إلا في ثلاث... منها هذه وضابطها أن يكون في عقد يرجع نفعه إلى الدافع، كوديعة وإجارة، فلو هلكا ثم استحقا رجع على الدافع بما ضمنه. ولا رجوع في عارية وهبة، لكون القبض لنفسه. الثانية: أن يكون في ضمن عقد معاوضة، كبايعوا عبدي أو ابني فقد أذنت له، ثم ظهر حرًا أو ابن الغير، رجعوا عليه للغرور إن كان الأب حرًا، وإلاّ فبعد العتق، وهذا إن أضافه إليه وأمر بمبايعته. ومنه لو بنى المشتري أو استولد، ثم استحقا، رجع على البائع بقيمة البناء والولد. ومنه ما يأتي في باب الاستحقاق: اشترني فأنا عبد، بخلاف ارتهني. الثالثة: إذا كان الغرور بالشرط، كما لو زوجه امرأة على أنها حرة، ثم استحقت، رجع على المخبر بقيمة الولد المستحق... هل ينتقل الرد بالتغرير إلى الوارث؟ استظهر المصنف لا، لتصريحهم بأن الحقوق المجردة لا تورث... لكن ذكر المصنف في شرح منظومته الفقهية ما يخالفه، ومال إلى أنه يورث كخيار العيب». ويقول ابن عابدين معقباً على ما تقدم: «الغرور لا يوجب الرجوع. فلو قال: اسلك هذا الطريق فإنه آمن فسلكه، فأخذه اللصوص، أو قال: كل هذا الطعام فإنه ليس بمسموم فأكله ومات، لم يضمن. وكذا لو أخبره رجل أنها حرة فتزوجها ثم ظهر أنها مملوكة، فلا رجوع بقيمة الولد على المخبر إلا في ثلاث مسائل. **الأولى**: إذا كان الغرور بالشرط، كما لو زوجه امرأة على أنها حرة، ثم استحقت، فإنه يرجع على المخبر بما غرمه للمستحق من قيمة الولد. **الثانية**: أن يكون في ضمن عقد معاوضة، فيرجع المشتري على البائع بقيمة الولد إذا استحقت بعد الاستيلاد، ويرجع بقيمة البناء لو بنى المشتري ثم استحقت الدار بعد أن يسلم البناء. وإذا قال الأب لأهل السوق: بايعوا ابني فقد أذنت له في التجارة، فظهر أنه ابن غيره، رجعوا عليه للغرور. وكذا لو قال: بايعوا عبدي فقد أذنت له، فبايعوه ولحقه دين، ثم ظهر أنه عبد لغيره، رجعوا عليه، إن كان الأب حرًا وإلا فبعد العتق[١]. وكذا لو ظهر حرًا أو مدبراً أو مكاتباً. ولا بد في الرجوع من إضافته إليه والأمر بمبايعته، كذا في «**السراج الوهاج**». **الثالثة**: أن يكون في عقد يرجع نفعه إلى الدافع كوديعة وإجارة، فلو هلكت الوديعة والعين المستأجرة ثم استحقت وضمن المودع والمستأجر فإنهما يرجعان على الدافع بما ضمناه، وكذا من كان بمعناهما. وفي عارية وهبة لا رجوع، إذ القبض كان لنفسه... قوله إلا في ثلاث: زاد في «**نور العين**» مسألة **رابعة**: وهي ما إذا ضمن الغار صفة

---

(١) انظر أيضاً «**البدائع**» (٧/ ٢٠١)، «**البحر الرائق**» (٦/ ١٤٤).

السلامة، كما إذا قال: اسلك هذا الطريق فإنه آمن وإن أخذ مالك فأنا ضامن، فإنه يضمن... قوله أن يكون في ضمن عقد معاوضة: من بيع صحيح أو فاسد، وأخرج به عقود التبرعات كالهبة والصدقة، فإن الغرور لا يثبت الرجوع فيه... وكذا أخرج الرهن لأنه عقد وثيقة لا معاوضة... وفي البيري عن **«المبسوط»**: أن الغرور في عقد المعاوضات يثبت الرجوع، لأن العقد يستحق صفة السلامة من العيب، ولا عيب فوق الاستحقاق، فأما بعقد التبرع فلأن الموهوب له لا يستحق الموهوب بصفة السلامة. قوله: كبايعوا عبدي إلخ: أي فيكون ضامناً للدرك فما يثبت لهم على العبد في عقد المبايعة لحصول التغرير في هذا العقد كما يأتي تقريره، وبه اندفع ما قيل: إن التغرير لم يوجد في ضمن عقد المعاوضة... قوله وهذا: أي الرجوع شرطه شيئان، أن يضيف العبد أو الابن إلى نفسه، وأمرهم بمبايعته: فيضمن الأقل من قيمته ومن الدين... قوله: اشترني فأنا عبد ارتهني: صوابه بخلاف ارتهني. أي لو قال العبد: اشترني فأنا عبد فاشتراه فإذا هو حر، فإن كان البائع حاضراً أو غائباً غيبة معروفة أي يدري مكانه لا يرجع على العبد بما قبضه البائع للتمكن من الرجوع على القابض، وإن كان لا يدري أين هو رجع المشتري على العبد ورجع العبد على بائعه بما رجع به عليه، وإنما يرجع مع أن البائع لم يأمره بالضمان عنه لأنه أدى دينه وهو مضطر في أدائه، بخلاف من أدى عن آخر ديناً بلا أمره. والتقييد بقوله: اشترني فأنا عبد، لأنه لو قال: أنا عبد ولم يأمره بالشراء، أو قال: اشترني ولم يقل فأنا عبد، لا يرجع عليه بشيء. ولو قال: ارتهني فأنا عبد الراهن، لم يرجع على العبد ولو الراهن غائباً في ظاهر الرواية عنهم. وعن أبي يوسف لا يرجع في البيع والرهن، لأن الرجوع بالمعاوضة وهي المبايعة هنا أو بالكفالة، ولم يوجدا هنا بل وجد مجرد الإخبار كاذباً، فصار كما لو قال أجنبي لشخص ذلك. ولهما أن المشتري شرع في الشراء معتمداً على أمره وإقراره، فكان مغروراً من جهته. والتغرير في المعاوضات التي تقتضي سلامة العوض يحصل سبباً للضمان دفعاً للغرر بقدر الإمكان، فكان بتغريره ضامناً لدرك الثمن له عند تعذر رجوعه على البائع، كالمولى إذا قال لأهل السوق بايعوا عبدي فإني أذنت له، ثم ظهر استحقاق العبد، فإنهم يرجعون على المولى بقيمة العبد، ويجعل المولى بذلك ضامناً لدرك ما ذاب عليه دفعاً للغرور عن الناس. بخلاف الرهن فإنه ليس عقد معاوضة، بل عقد وثيقة لاستيفاء عين حقه، حتى جاز الرهن ببدل الصرف والمسلم فيه، ولو كان عقد معاوضة كان استبدالاً به قبل قبضه وهو حرام[1]. وبخلاف الأجنبي، فإنه لا يعبأ بقوله، فالرجل هو الذي اغتر ا هـ ملخصاً من الفتح في أول باب الاستحقاق. قوله: كما لو زوجه امرأة على أنها حرة: أي بأن كان وليًا أو وكيلاً عنها، وهذا بخلاف ما إذا أخبره بأنها حرة فتزوجها، كما مر في عبارة **«الأشباه»**[2]. هذا والذي يتضح مما قدمناه عن ابن عابدين أن المقصود، في أكثر الصور التي أوردها، هو المسؤولية التقصيرية أو المسؤولية العقدية القائمة على أساس التغرير القولي، أي على مجرد الكذب.

---

(١) **«البحر الرائق»** (٦/ ١٤٥)، ويعترض الأستاذ بدرو ديب على التفريق ما بين البيع والرهن في هذه المسألة (انظر كتابه في **«نظرية الباعث في الفقه الحنفي»**، (١٥٠ ـ ١٥٥)).

(٢) انظر أيضاً في مسألة الغرور **«مجمع الضمانات»** (٤٥٤).

وفي مذهب أحمد نص صريح على أن مجرد الكذب في التعاقد قد يعد تدليساً يوجب الخيار للعاقد المدلس عليه. فإذا كذب البائع المشتري، وقال له: إنه أعطى في سلعته مقدار معين، فاغتر المشتري بقوله واشترى السلعة متأثراً بهذا الكذب، ثبت له خيار التدليس. جاء في «**الشرح الكبير على متن المقنع**» (٤/ ٧٩): «ولو قال البائع أعطيت بهذه السلعة ما لم يعط، فصدقه المشتري، ثم كان كاذباً، فالبيع صحيح، وللمشتري الخيار أيضاً لأنه في معنى النجش».

وفي تلقي السلع أو الركبان أو الجلب ـ وقد مر بيانه ـ يغرر الملتقي بصاحب السلعة تغريراً قوليًا، ويستغل جهله بأسعار البلد، فيتلقاه قبل أن يقدم السوق، ويخبره بكساد سلعته ليغبنه في ثمنها، فهذا الكذب يعد تدليساً يوجب الخيار لصاحب السلعة عند الشافعي وأحمد. . . جاء في «**المهذب**» (١/ ٢٩٢): «ويحرم تلقي الركبان، وهو أن يتلقى القافلة ويخبرهم بكساد ما معهم من المتاع ليغبنهم، لما روى ابن عمر رضي الله عنه أن رسول الله ﷺ نهى أن تتلقى السلع حتى يهبط بها الأسواق، ولأن هذا تدليس وغرر فلم يحل. فإن خالف واشترى صح البيع لما ذكرناه في النجش. فإن دخلوا البلد فبان لهم الغبن كان لهم الخيار، لما روى أبو هريرة رضي الله عنه أن رسول الله ﷺ قال: لا تلقوا الجلب فمن تلقاها واشترى منهم فصاحبه بالخيار إذا أتى السوق، ولأنه غرهم ودلس عليهم فثبت لهم الخيار كما لو دلس عليهم بعيب. وإن بان لهم أنه لم يغبنهم ففيه وجهان: **أحدهما**: أن لهم الخيار للخبر، **والثاني**: لا خيار لهم لأنه ما غرّ ولا دلس. وإن خرج إلى خارج البلد لحاجة غير التلقي، فرأى القافلة، فهل يجوز أن يبتاع منهم؟ فيه وجهان: «**أحدهما**»: يجوز لأنه لم يقصد التلقي، **والثاني**: لا يجوز لأن المنع من التلقي للبيع وهذا المعنى موجود وإن لم يقصد التلقي فلم يجز».

التغرير عن طريق محض الكتمان:

وقد يكون محض الكتمان ـ وهو عمل سلبي محض ـ تدليساً في الفقه الإسلامي. رأينا ذلك في بياعات الأمانة. فالبائع مرابحة لا يجوز له أن يكتم بياناً من شأنه أن يؤثر في قيمة المبيع بعد أن اشتراه. فإذا حدث في السلعة عيب، أو اشترى نسيئة ويبيع نقداً، أو أخذ شيئاً صلحاً عن دين له على آخر ويبيعه مرابحة، أو رقم الثوب رقماً هو أكبر من الثمن، أو كان قد نقد في ثمنها درهماً زائفاً تجوزه عنه من باع منه، أو كان قد زوج الجارية التي يبيعها مرابحة، فقد قدمنا أن عليه أن يبين كل ذلك للمشتري منه مرابحة وأن كتمان شيء من ذلك يعد تدليساً يثبت للمشتري الخيار. فبياعات الأمانة إذن تقتضي أمرين: عدم الكذب في بيان الثمن الأصلي، وعدم الكتمان فيما يلابس الثمن أو السلعة. وكل من الكذب والكتمان يعد في هذه البياعات خيانة وتدليساً.

وفي غير بياعات الأمانة ـ أي في بيع المماكسة والمساومة ـ قد يكون الكتمان أيضاً تدليساً، وأظهر ما يكون ذلك إذا عمد البائع إلى إخفاء العيب في المبيع بأن كتمه عن المشتري ولم يبينه. فالحنفية يعدون هذا الكتمان حراماً، والمالكية يصرحون بأنه تدليس، والشافعية والحنابلة يعتبرونه غشًا كالتصرية.

ففي المذهب الحنفي، جاء في «**الزيلعي**» (٤/ ٣١): «ولكون السلامة كالمشروطة في العقد،

لا يحل له أن يبيع المعيب حتى يبين عيبه، لقوله عليه السلام لا يحل لمسلم باع من أخيه وفيه غيب إلا بيَّنه له، رواه ابن ماجه وأحمد بمعناه. ومر عليه السلام برجل يبيع طعاماً فأدخل يده فيه، فإذا هو مبلول، فقال: «من غشنا فليس منا». رواه مسلم وغيره. وكتب عليه السلام كتاباً بعدما باع فقال فيه: «هذا ما اشترى العداء بن خالد بن هودة من محمد رسول الله ﷺ اشترى منه عبداً أو أمة لأداء ولا غائلة ولا خبثة، بيع المسلم للمسلم، رواه ابن ماجه والترمذي». ويقول الشلبي في **«حاشيته»** تعقيباً على ما تقدم: «بيع المسلم للمسلم، . . . وليس في ذلك ما يدل على أن المسلم إذا باع غير المسلم جاز له أن يعامله بما يتضمن خيانة أو غبناً، وإنما قال ذلك على سبيل المبالغة». وجاء في **«البحر الرائق»** (٦/ ٣٥): «كتمان عيب السلعة حرام، وفي **«البزازية»** وفي **«الفتاوى»** إذا باع سلعة معيبة عليه البيان. وإن لم يبين قال بعض مشايخنا: يفسق وترد شهادته وقيده في **«الخلاصة»** بأن يعلم به». ويقول ابن عابدين في **«حاشيته»** على **«البحر الرائق»** تعقيباً على ما تقدم: «لا يجوز بيع ما باشر نحو عجنه إلا أن يبين للمشتري حقيقة الحال، لأن المشتري لو اطلع على ذلك لم يشتره منه في الغالب، وكل ما كان كذلك يكون كتمه من الغش المحرم، وقد قال ﷺ: «من غش أمتي فليس مني» . . . وقواعدنا لا تأباه. وضابط الغش المحرم أن يشتمل المبيع على وصف نقص لو علم به المشتري امتنع عن شرائه، فكل ما كان كذلك يكون غشًا، وكل ما لا يكون كذلك لا يكون غشًا محرماً، ذكره في **«الفتاوى»** المذكورة، ولا مانع منه عندنا».

وفي المذهب المالكي، جاء في **«القوانين الفقهية»** لابن جزي (٢٦٣ ـ ٢٦٤): «لا يجوز الغش في المرابحة ولا غيرها، ومنه أن يكتم من أمر سلعته ما يكرهه المشتري أو ما يقلل رغبته فيها». وجاء في **«الشرح الصغير»** للدردير هامش **«الصاوي»** (٢/ ٥٣ ـ ٥٤): «وعلى البائع لشيء وجوباً بيان ما علمه من عيب سلعته، قل أو كثر. . . وعليه تفصيله (أي العيب) أو إراءته له (أي للمشتري) إن كان يرى كالعور والكي. ولا يجمله، أي لا يجوز له إجمال العيب أي يجمل في الجنس الصادق على أفراده ولم يعين الغرر القائم به، كهو معيب ولم يعين العيب، أو هو سارق أو يأبق ولم يبين المكان الذي يأبق إليه ولا ما الذي يسرقه، أو يقول: هو ثوبُ مريض ولم يعين ما هو المرض، ونحو ذلك. ومن الإجمال أن يذكر العيب الذي هو به وغيره مما ليس فيه، بأن يقول: هو زانٍ سارق مع أنه فيه أحد العيبين فقط، لأن المشتري ربما علم سلامته مما ليس فيه فيظن سلامته من الآخر، وإلا. بأن أجمل، فمدلس، ويرد المبيع بما وجده فيه». ويسمى إخفاء العيب التدليس بالعيب. وإذا كتم البائع عيباً في المبيع، فيثبت للمشتري خيار التدليس مع وجود خيار العيب، فقد تكون هناك فائدة من قيام خيار التدليس فيما إذا سقط خيار العيب أو كان العيب مما لا يرد المبيع به.

وفي المذهب الشافعي، جاء في **«المهذب»** (١/ ٢٨٣ ـ ٢٨٤): ومن ملك عيناً، وعلم بها عيباً، لم يجز أن يبيعها حتى يبين عيبها، لما روى عقبة بن عامر رضي الله عنه قال: سمعت النبي ﷺ يقول: المسلم أخو المسلم، فلا يحل لمسلم باع من أخيه بيعاً يعلم فيه عيباً إلا بينه له. فإن علم غير المالك بالعيب، لزمه أن يبين ذلك لمن يشتريه، لما روى أبو سباع قال: اشتريت ناقة من دار واثلة بن الأسقع، فلما خرجت بها أدركنا عقبة بن عامر، فقال: هل بيَّن لك ما فيها،

قلت: وما فيها إنها لسمينة ظاهرة الصحة، فقال: أردت بها سفراً أم أردت بها لحماً، قلت: أردت عليها الحج، قال: إن بخفها نقباً. قال صاحبها: أصلحك الله ما تريد إلى هذا أن تفسد علي، قال: إني سمعت رسول الله ﷺ يقول: «لا يحل لأحد يبيع شيئاً إلا بيَّن ما فيه، ولا يحل لمن يعلم ذلك إلا بينه. فإن باع ولم يبين العيب صح البيع، لأن النبي ﷺ صحح البيع في المصراة مع التدليس بالتصرية». ويستخلص من ذلك أن البيع يصح، ولكن يثبت فيه خيار التدليس، كما ثبت في التدليس بالتصرية.

وفي مذهب أحمد، جاء في «**الشرح الكبير على متن المقنع**» (٤/ ٨٤ ـ ٨٥): «ولا يحل للبائع تدليس سلعته ولا كتمان عيبها، لقوله عليه السلام: «من غشنا فليس منا». قال الترمذي: هذا حديث حسن صحيح. وقال عليه الصلاة والسلام: المسلم أخو المسلم، لا يحل لمسلم باع من أخيه بيعاً إلا بينه. رواه ابن ماجه. فإن فعل فالبيع صحيح في قول أكثر أهل العلم، ومنهم مالك وأبو حنيفة والشافعي، بدليل حديث التصرية فإن النبي ﷺ صححه مع نهيه عنه. وقال أبو بكر إن دلس العيب فالبيع باطل، لأنه منهي عنه والنهي يقتضي الفساد. فقيل له ما تقول في التصرية؟ فلم يذكر جواباً، فدل على رجوعه». ويؤخذ من ذلك أن الصحيح هو قياس التدليس بكتمان العيب على التدليس بالتصرية، فيكون البيع صحيحاً، ولكن يثبت فيه للمشتري الخيار[1].

التدليس الصادر من الغير:

والفقه الإسلامي، كالفقه الغربي، يعتد بالتدليس حتى لو صدر من الغير، ما دام هذا الغير متواطئاً مع العاقد الذي يفيد من التدليس.

وقد رأينا فيما قدمناه أمثلة للتدليس الصادر من الغير.

ومن ذلك الناجش. فهو رجل يتواطأ مع صاحب سلعة يبيعها في المزايدة ليغالي في السلعة حتى يبلغها أكثر من قيمتها. فالمشتري الذي اشترى السلعة بأكثر من قيمتها يكون بذلك قد دلس عليه، والمدلس ليس هو البائع، بل هو أجنبي متواطىء مع البائع، وهو الناجش. وفي مذهب أحمد لا يشترط تواطؤ البائع مع الناجش، ولكن التواطؤ مشترط في مذهب مالك والشافعي. جاء في «**الشرح الكبير على متن المقنع**» (٤/ ٧٩): «لكن إن كان في البيع (مع النجش) غبن لم تجر العادة بمثله، فللمشتري الخيار بين الفسخ والإمضاء كما في تلقي الركبان، فإن كان يتغابن بمثله، فلا خيار له. وسواء كان النجش بمواطأة من البائع أو لم يكن ذلك بمواطأة من البائع وعلمه فلا خيار. واختلفوا فيما إذا كان بمواطأة منه. فقال بعضهم: لا خيار للمشتري لأن التفريط منه حيث

---

(١) جاء في «**القواعد**» لابن رجب (القاعدة الثالثة والثلاثون (٤١ ـ ٤٢): «بيع الدار المؤجرة تصح، وسواء علم المشتري بالإجارة أو لم يعلم، نص عليه أحمد في رواية جعفر بن محمد. وقال في رواية الميموني ليس له أن يبيعها حتى يبين: فقد يكون مأخذه اشتراط العلم بالمستثنى من المنافع في العقد، وقيل: لأن البيع المطلق يتناول المنافع وهي الآن ملك غيره فيشبه تفريق الصفقة. ولكن أحمد إنما أوجب بيان ذلك لأن تركه تدليس وتغرير». فهنا يعتبر كتمان حتى يثقل العين المبيعة، ككتمان.

اشترى ما لا يعرف قيمته. ولنا أنه تغرير بالعاقد، فإذا غبن ثبت له الخيار، كما في تلقي الركبان.

ومن ذلك أيضاً الغرور. وقد قدمنا أن الرجل إذا قال للناس: هذا عبدي أو ابني فبايعوه فقد أذنت له، ثم ظهر حرًّا أو ابن الغير، رجعوا على الغار. فالتدليس هنا صدر من أجنبي عن العقد. كذلك إذا باع رجل من رجل عبداً، وقال العبد للمشتري: اشترني فأنا عبد، ثم ظهر حرًّا، جاز للمشتري الرجوع على البائع، فإن كان غائباً غيبة غير معروفة، رجع المشتري على الغار وهو العبد الذي ظهر حرًّا، ويرجع الغار بعد ذلك على البائع، فهنا أيضاً تدليس صدر من أجنبي عن العقد. وكذا لو زوجه امرأة على أنها حرة ثم استحقت، رجع الزوج على الغار ـ ويكون عادة وكيل الزوجة أو وليها ـ بقيمة الولد المستحق. فهنا أيضاً صدر التدليس من الغير.

وهناك مثل للتدليس الصادر من الغير هو التدليس الصادر من الدلال. والدلال ليس غريباً عن العقد، فهو أمين البائع، وما يصدر منه من تدليس يثبت الخيار للمشتري، كالتدليس الصادر من البائع نفسه. وهناك محل للافتراض أن البائع متواطىء مع الدلال في التدليس، أو أنه عالم بهذا التدليس أو يستطيع أن يعلم به. والدلال على كل حال إنما يدلس سعياً وراء مصلحة البائع، فيجب أن يحمل البائع تبعة هذا التدليس، ومن ثم يثبت خيار التدليس للمشتري. وقد جاء في صدر المادة (٥٤٥) من «**مرشد الحيران**»: «لا رد بغبن فاحش في البيع، إلا إذا غرّ أحد المتبايعين الآخر أو غرّه الدلال».

وجاء في «**رد المختار**» «**ابن عابدين**» (٤/ ٢٤٦): «إن غره، أي غر المشتري البائع أو بالعكس، أو غرّه الدلال، فله الرد». ويقول ابن عابدين معقباً على ما تقدم: «قوله: أو غرّه الدلال: قال الرملي مفهومه أنه لو غرّه رجل أجنبي غير الدلال لا يثبت له الرد. وبقي لو غرّ المشتري البائع في العقار، فأخذه الشفيع هل للبائع أن يسترد منه؟ ينبغي عدمه لأنه لم يغرّه وإنما غرّه المشتري». ويؤخذ على هذاالقول أن للبائع الفسخ والاسترداد من المشتري، فيزول البيع الذي أخذ فيه بالشفعة.

ونقل «**ابن عابدين**» (٤/ ٢٤٧) عن «**البحر الرائق**» (٦/ ١١٥ ـ ١١٦) مثلاً لتدليس الدلال على الوجه الآتي: «وقال لغزال لا معرفة لي بالغزل فأتني بغزل أشتريه. فأتى رجل بغزل لهذا الغزال، ولم يعلم به المشتري، فجعل نفسه دلالاً بينهما، اشترى ذلك الغزل له بأزيد من ثمن المثل. وصرف المشتري بعضه إلى حاجته. ثم علم بالغبن وبما صنع. فله أن يرد الباقي بحصته من الثمن. قال رضي الله عنه: والصواب أن يرد الباقي ومثل ما صرف في حاجته ويسترد جميع الثمن، كمن اشترى بيتاً مملوءاً من بر، فإذا فيه: دكان عظيم، فله الرد وأخذ جميع الثمن قبل إنفاق شيء منه، وبعده يرد الباقي ومثل ما أنفق ويسترد الثمن، كذا ذكره أبو يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى». وتوضيحاً لهذا المثل جاء في «**الهامش**» ما يأتي: «قوله: فأتى رجل بغزل لهذا الغزال، أي بغزل مملوك لهذا الغزال. وحاصله أن الغزال دفع غزله لرجل، ثم جعل نفسه دلالاً بين الطالب والرجل، واشترى للطالب الغزل من الرجل بزيادة. ثم تصرف المشتري، أي من له الشراء حقيقة، في بعض الغزل ثم علم بالغبن وبأن الغزال هو صاحب الغزل وأنه فعل ذلك تغريراً

للطالب ا هـ». وفي هذا المثل نرى أن البيع انعقد بين الطالب ومن تقدم بالغزل، وجعل صاحب الغزل نفسه دلالاً بينهما، ودلس على المشتري حتى حمله أن يشتري الغزل بأكثر من القيمة. فالدلال هنا أكثر من مجرد وسيط، فهو صاحب الغزل نفسه، واستطاع على هذا الوجه أن يدلس على المشتري، ومن ثم كان للمشتري أن يرد ما بقي عنده من الغزل ومثل ما صرف في حاجته ويسترد جميع الثمن، فقد ثبت له خيار التدليس وبه يفسخ البيع[١].

المبحث الثالث

الإكراه

المطلب الأول

الإكراه في الفقه الغربي

تمهيد:

الإكراه ضغط تتأثر به إرادة الشخص فيندفع إلى التعاقد. ولا يعدم الإكراه الإرادة، ولكن يفسدها. ذلك أن الذي وقع عليه الإكراه قد اختار أهون الضررين وأراد، إلا أن الإرادة التي صدرت منه هي إرادة فاسدة لأنها لم تكن حرة مختارة وإنما يعدم الإكراه الإرادة إذا انتزعت عنوة لا رهبة، كما إذا أمسك المكرِه بيد المكرَه وأجرى القلم في يده بالتوقيع على التزام. وفي الحالة الأولى ـ حالة فساد الإرادة ـ يكون العقد قابلاً للإبطال، أما في الحالة الثانية ـ حالة انعدام الإرادة ـ فإن العقد يكون باطلاً.

وللإكراه ـ كما للتدليس ـ ناحيتان. ناحية ينظر فيها إلى الإكراه كعيب من عيوب الإرادة فيؤثر في صحة العقد. وناحية أخرى ينظر فيها الإكراه كعمل غير مشروع صدر من المكرِه يستوجب مسؤوليته، فيكون ملتزماً بالتعويض لمن وقع عليه الإكراه.

نصوص التقنينات المدنية العربية:

ونصوص التقنينات المدنية العربية في الإكراه متماثلة، إلا أن التقنين المدني العراقي قد وفق

---

(١) وننقل هنا نصوص التقنين المدني العراقي في التدليس كما نقلناها في الغلط، ولنفس السبب: م(١٢١). ١ ـ إذا غرر أحد المتعاقدين بالآخر، وتحقق أن في العقد غبناً فاحشاً، كان العقد موقوفاً على إجازة العاقد المغبون. فإذا مات من غرر بغبن فاحش تنتقل دعوى التغرير لوارثه. ٢ ـ ويعتبر تغريراً عدم البيان في عقود الأمانة التي يجب التحرز فيها عن الشبهة بالبيان، كالخيانة في المرابحة والتولية والإشراك والوضيعة ـ م(١٢٢) إذا صدر التغرير من غير العاقدين فلا يتوقف العقد، إلا إذا ثبت للعاقد المغبون أن العاقد الآخر كان يعلم أو كان من السهل عليه أن يعلم بهذا التغرير وقت إبرام العقد ـ م(١٢٣)، يرجع العاقد المغرور بالتعويض إذا لم يصبه إلا غبن يسير، أو أصابه غبن فاحش وكان التغرير لا يعلم به العاقد الآخر، ولم يكن من السهل عليه أن يعلم به، أو كان الشيء قد استهلك قبل العلم بالغبن أو هلك أو حدث فيه عصب أو تغيير جوهري، ويكون العقد نافذاً في جميع هذه الأحوال.

في نصوصه بين أحكام الفقه الإسلامي وأحكام الفقه الغربي، وسنورد هذه النصوص بعد إيراد أحكام الفقه الإسلامي في الإكراه.

وقد نص التقنين المدني المصري في المادة (١٢٧) منه على ما يأتي:

١ ـ «يجوز إبطال العقد للإكراه إذا تعاقد شخص تحت سلطان رهبة بعثها المتعاقد الآخر في نفسه دون حق، وكانت قائمة على أساس».

٢ ـ «وتكون الرهبة قائمة على أساس إذا كانت ظروف الحال تصور للطرف الذي يدعيها أن خطراً جسيماً محدقاً يهدده هو أو غيره في النفس أو الجسم أو الشرف أو المال».

٣ ـ «ويراعى في تقدير الإكراه جنس من وقع عليه هذا الإكراه وسنه وحالته الاجتماعية والصحية، وكل ظرف آخر من شأنه أن يؤثر في جسامة الإكراه».

ونص في المادة (١٢٨) منه على ما يأتي:

«إذا صدر الإكراه من غير المتعاقدين، فليس للمتعاقد المكره أن يطلب إبطال العقد، ما لم يثبت أن المتعاقد الآخر كان يعلم أو كان من المفروض حتماً أن يعلم بهذا الإكراه».

وتطابق نصوص التقنين المدني السوري في الإكراه نصوص التقنين المدني المصري: انظر المادتين: (١٢٨ و١٢٩) من التقنين المدني السوري. وكذلك نصوص التقنين المدني الليبي: انظر المادتين (١٢٧ و١٢٨) من هذا التقنين.

وتنص المادة (٢١٠) من تقنين الالتزامات اللبناني على ما يأتي: «باطل كل عقد ينشأ تحت ضغط الخوف الناجم عن عنف جثماني أو عن تهديد موجه على شخص المديون أو على أمواله أو على زوجه أو على أحد أصوله أو فروعه. ولا حاجة للتمييز بين أن يكون هذا الضغط صادراً عن أحد المتعاقدين أو عن شخص ثالث أو عن أحوال خارجة عن دائرة التعاقد. على أنه يجوز في الحالتين الأخيرتين أن يلزم المكره الراغب في التملص من العقد بأداء التعويض إلى الفريق الآخر إذا كان هذا الفريق حسن النية. ويكون هذا التعويض على نسبة ما يقتضيه الإنصاف». وتنص المادة (٢١١) على «أن الخوف لا يفسد الرضا إلا إذا كان هو الحامل عليه. وللوقوف على ماهيته وتأثيره يجدر الاعتداد بشخصية المكره (كالنظر إلى سنه أو إلى كونه امرأة أو رجلاً وإلى درجة تعليمه ومنزلته الاجتماعية)» وتنص المادة (٢١٢) على: «أن الخوف الناشيء عن احترام الأب أو الأم أو غيرهما من الأصول، لا يكفي لإفساد العقد. وكذلك استعمال الوسائل القانونية ما دام هذا الاستعمال مشروعاً أي أن يكون الغرض منه مجرد الحصول على ما يجب».

عناصر الإكراه:

ويتبين من هذه النصوص أن للإكراه ـ كما للتدليس ـ عنصرين: **أولاً**: استعمال وسائل للإكراه تهدد بخطر جسيم محدق، وهذا هو العنصر الموضوعي. **ثانياً**: رهبة في النفس يبعثها الإكراه فتحمل على التعاقد، وهذا هو العنصر النفسي. ومتى توافر هذان العنصران فقد وجد الإكراه

وفسدت الإرادة، سواء كان الإكراه صادراً من أحد المتعاقدين أو من الغير أو من ظروف خارجية تهيأت مصادفة.

ونستعرض كلا من هذين العنصرين، وننتقل بعد ذلك إلى الجهة التي صدر منها الإكراه.

استعمال وسائل للإكراه تهدد بخطر جسيم محدق:

لا بد من استعمال وسائل للإكراه تقع على الحس أو على النفس، فتهدد من وقع عليه الإكراه، هو أو شخصاً عزيزاً عنده، بخطر جسيم محدق بالنفس أو بالمال.

وقد يقع الإكراه على الجسم، كالضرب والإيذاء، وهذا ما يسمى بالإكراه الحسي. وهو نادر الوقوع في الأوساط المتحضرة. وأغلب ما يقع الإكراه على النفس، فيكون تهديداً بإيقاع الأذى دون إيقاعه بالفعل، وهذا ما يسمى بالإكراه النفسي.

والإكراه النفسي هو الذي يوقع في نفس المتعاقد المكره أن خطراً جسيماً يحدق بنفسه أو بماله.

فالخطر يجب أن يكون جسيماً: والعبرة في جسامة الخطر بحالة المكره لا بوسائل الإكراه ذاتها، فقد تقع الرهبة في نفس المتعاقد بوسائل ساذجة لا تجوز على كثير من الناس. وذلك كما إذا هدد شخص آخر بعمل من أعمال الشعوذة كأن يلحق الأذى بمواشيه من طريق «التعزيم» أو هدده بأن له قدرة على «الربط والحل»، أو نحو ذلك مما يقع كثيراً في الأوساط القروية الساذجة.

والخطر يجب أن يكون محدقاً: فلو كان التهديد بخطر يتراخى وقوعه بحيث يتمكن المتعاقد من اتخاذ الحيطة، فإن هذا التهديد لا يكون من شأنه إفساد الإرادة، على أن العبرة هنا أيضاً بحالة المكره النفسية، فقد تقع في نفسه الرهبة التي تفسد إرادته ولو كان التهديد بخطر متراخ، فالخطر يكون محدقاً إذا كانت الرهبة حالة في النفس ولو تراخى الخطر.

والخطر إما أن يتهدد المتعاقد في نفسه أو جسمه، كخطر يتهدد حياته أو سلامة أعضائه أو ألم نفسي ينزل به. وإما أن يتهدد شرفه واعتباره بين الناس كما إذا كان تاجراً فهدد بالتشهير بسوء حالته المالية أو كان رجلاً ذا مكانة فهدد بالنيل من كرامته. وإما أن يتهدد ماله، كما إذا هدد في مزروعاته بالإتلاف أو في داره بالحريق.

وقد يهدد الخطر غير المتعاقد، على أن يكون شخصاً أثيراً عنده. فالزوج والزوجة والخطيب والخطيبة والأولاد والآباء والأقارب والأصدقاء، يكون فيهم عادة من يعزهم الشخص إعزازاً يجعله يتأثر بما يتهددهم من الخطر إلى حد أن تفسد إرادته تحت تأثير هذه الرهبة. وينظر القاضي في كل حالة إلى ظروفها الخاصة، ويقدر علاقة المتعاقد بمن يتهدده الخطر. وكثيراً ما يعمد المجرمون إلى خطف الأولاد ويهددون ذويهم بإلحاق الأذى بأولادهم إن لم يفتدوهم بالمال، فهذا التهديد يكفي لتحقق الإكراه. وقد يكون الغير الذي وقع عليه الإكراه هو نفس الشخص الذي صدر عنه الإكراه، كأن يهدد شخص آخر بأن ينتحر إذا لم يمض هذا الأخير عقداً، ويكون المهدد بالانتحار عزيزاً عند المهدد، بأن كان ولده مثلاً.

والإكراه يتحقق عادة باستعمال وسائل غير مشروعة للوصول إلى غرض غير مشروع، فتهديد شخص بقتله أو يدفع مالاً وسيلة غير مشروعة للوصول إلى غرض غير مشروع. وقد تكون الوسائل مشروعة وتستعمل للوصول إلى غرض غير مشروع، فيتحقق الإكراه. مثل ذلك أن يفاجىء شخص آخر ملتبساً بجريمة، فيستغل هذا الظرف ويضطره إلى كتابة سند بمبلغ كبير من المال لا حق له فيه. وقد تكون الوسائل غير مشروعة، ولكنها تستعمل للوصول إلى غرض مشروع، كما إذا هددت امرأة عاشرت رجلاً مدة من الزمن بالتشهير به عند خطيبة له إذا لم يمض لها التزاماً يعوضها ما يصيبها من الضرر بسبب تركه إياها، كما إذا حصل شخص بطريق التهديد عن سند مثبت لحقه أو على ضمان لهذا الحق، فما دام الشخص الذي يستعمل التهديد لا يحصل على أكثر من حقه فإن العقد لا يبطل للإكراه. ومن باب أولى لا يبطل العقد للإكراه إذا استعملت وسائل مشروعة للوصول إلى غرض مشروع، كالدائن يهدد المدين بالتنفيذ على ماله إذا لم يعطه تأميناً على عين بالذات، وكالمودع يهدد المودَع عنده بتقديم بلاغ إلى النيابة العامة يتهمه فيه بالتبديد إذا لم يكتب له سنداً بما أودعه عنده من المال، وكالزوجة تهدد زوجها بأن تحبسه في نفقتها إن لم يستدن ويعطها ما تنفقه. على أن الواقع من الأمر أننا إذا نظرنا إلى الإكراه من حيث أنه يعيب الإرادة - لا من حيث أنه عمل غير مشروع - رأيناه يفسد الإرادة، سواء كانت وسائله مشروعة أو غير مشروعة، وسواء كان الغرض الذي يراد الوصول إليه مشروعاً أو غير مشروع. فالإكراه في جميع هذه الحالات يضغط على الإرادة ويعيبها. لذلك يجوز، من ناحية منطق الإرادة، القول بإبطال العقد في الصورة التي تكون فيها وسائل الإكراه غير مشروعة ولو للوصول إلى غرض مشروع. إلا أنه لما كان الغرض مشروعاً في كل من هاتين الصورتين، فإن المتعاقد الذي وقع عليه الإكراه إذا استعمل حقه في إبطال العقد يكون قد نقض الغرض المشروع الذي أريد من العقد تحقيقه، ويعتبر هذا تعسّفاً في استعمال حق الإبطال والتعسف في استعمال الحق يستوجب التعويض، وخير تعويض ما كان عينيًا، فيمنع المتعاقد الذي وقع عليه الإكراه من طلب إبطال العقد. ويتبين من هذا التحليل أن العقد يبقى في الصورتين المشار إليهما لا على أساس من الإرادة الحقيقية، بل على أساس من التعويض أو من الإرادة الظاهرة. أما إذا كان الغرض غير مشروع، سواء كانت وسائل الإكراه مشروعة أم غير مشروعة، فالإكراه متحقق والعقد يجوز إبطاله لعيب في الإرادة، وإذا استعمل المتعاقد الذي وقع عليه الإكراه حقه في إبطال العقد، فلا يصح القول هنا - والغرض الذي يراد منه أن يحققه غرض غير مشروع - أنه متعسف في استعمال هذا الحق.

والشوكة والنفوذ الأدبي الذي قد يكون لشخص على آخر، كنفوذ الأب على ولده، والزوج على زوجته، والوصي على القاصر، والرئيس على المرؤوس، لا يكون وسيلة للإكراه إلا إذا قصد به الوصول إلى غرض غير مشروع. وقد قضى بإبطال تصرف صدر من امرأة متدينة، وتجردت بمقتضاه عن أموالها من غير مقابل لفائدة رئيس ديني استعمل نفوذه لحملها عليه. فإذا كان النفوذ الأدبي قد قصد به الوصول إلى غرض مشروع، فإنه لا يعد إكراهاً، كذلك العطف والحنو لا يعتبر وسيلة من وسائل الإكراه. والنفوذ الأدبي سلطة للأب على ولده، أما العطف والحنو فعاطفة من الأب نحو ولده، فإذا وجد الولد نفسه مضطراً بحكم النفوذ الأدبي، أو وجد الأب نفسه مدفوعاً

بحكم العطف الأبوي، إلى إمضاء عقد لا يبهظ الملتزم، فإن هذا العقد لا يكون مشوباً بعيب الإكراه. على أن بعض هذه العقود قد تقوم على الاستغلال، كما إذا استغلت زوجة جديدة مكانتها في نفس زوجها ليؤثرها هي وأولادها على زوجته الأولى وأولاده منها. ففي هذه الحالة تطبق قواعد الاستغلال وقواعد الاستهواء والتسلط على الإرادة. والفرق بين الشوكة والنفوذ الأدبي من جهة الاستغلال والتسلط على الإرادة من جهة أخرى أن الحالة الأولى يفرض فيها أن شخصاً مقامه كبير في عين المتصرف، كأب أو رئيس، استعمل نفوذه الأدبي، أما الحالة الثانية فلا يشترط فيها أن يكون الشخص المتسلط على الإرادة له مقام كبير فقد يكون زوجة أو ولداً للمتصرف.

رهبة تحمل على التعاقد:

ويجب حتى يتحقق الإكراه أن يكون قد بعث في نفس المتعاقد رهبة ضغطت على إرادته بحيث أصبح مسلوب الحرية فيما أراد، وأن تكون هذه الرهبة هي التي حملته على التعاقد ودفعته إليه. فالرهبة إذن تكون قد أفسدت إرادته، وهذه هي المسألة الجوهرية التي يجب الوقوف عندها، وإليها ترد مسائل الإكراه. وما تقدم ذكره من وجوب التهديد بخطر في النفس أو الجسم أو الشرف أو المال، ومن أن الخطر يجب أن يكون جسيماً محدقاً، إنما هو المظهر المادي للرهبة التي انبعثت في نفس المتعاقد الذي وقع عليه الإكراه فحملته على التعاقد. وليس الخطر الجسيم المحدق مقصوداً لذاته، بل للنتيجة التي يؤدي إليها من وقوع الرهبة في النفس، وأن تكون هذه الرهبة هي التي دفعت إلى التعاقد.

ولا بد في تقدير الرهبة التي تحمل على التعاقد من النظر إلى حالة المتعاقد الذي وقع عليه الإكراه والظروف التي أحاطت به، فيراعى في ذلك جنس من وقع عليه الإكراه، وسنه وحالته الصحية، وحالته العقلية، وحالته الاجتماعية. فالأنثى غير الذكر. والصبي الصغير غير الشاب القوي. والشاب القوي غير الهرم البالي. والقروي الساذج غير المدني المتحضر. والعصبي المندفع غير المعتدل الهادىء المزاج. والضعيف غير القوي. والمريض غير المعافى. والجاهل غير المتعلم، والغبي غير الذكي.

ويجب الاعتداد أيضاً، إلى جانب الحالة الشخصية، بالظروف والملابسات. فالخطر قد يحدث رهبة في نفس المتعاقد وهو في جهة قاصية بعيدة عن الناس ولا يحدثه وهو في مدينة آهلة بالسكان وعلى مقربة من رجال الأمن. وقد يخشى منفرداً ما لا يخشاه وهو في جماعة من الناس. وقد يكون الخوف أشد وقعاً في نفسه ليلاً منه نهاراً. فالمكان والزمان وغيرهما من الظروف والملابسات تؤثر في تكييف جسامة الخطر في نفس المتعاقد.

وقد قضت محكمة النقض بأن جسامة الخطر الذي ينشأ منه الإكراه إنما تقدر بالمعيار النفسي للشخص الواقع عليه الإكراه. فمعيار الإكراه إذن معيار ذاتي، شأنه في ذلك شأن معيار الغلط ومعيار التدليس.

الجهة التي صدر منها الإكراه:

الإكراه، سواء صدر من المتعاقد الآخر أو صدر من أجنبي عن العقد، يفسد الإرادة، فإذا

صدر من المتعاقد الآخر جعل العقد قابلاً للإبطال لمصلحة المتعاقد الذي وقع عليه الإكراه. أما إذا صدر من أجنبي، فيشترط لإبطال العقد أن يثبت المتعاقد الذي وقع عليه الإكراه أن المتعاقد الآخر كان يعلم أو كان من المفروض حتماً أن يعلم بهذا الإكراه. ذلك أن الإكراه إذا صدر من الغير، ولم يكن المتعاقد الآخر يعلم به، واختار المتعاقد الذي وقع عليه الإكراه إبطال العقد، فإنه يصح للمتعاقد حسن النية أن يطالبه بالتعويض، وخير تعويض هنا هو استبقاء العقد صحيحاً، فيقوم في هذه الصورة أيضاً لا على أساس من الإرادة الحقيقية، بل على أساس من التعويض. ويلاحظ أن الإكراه في هذه الصورة الأخيرة، حيث يبقى العقد صحيحاً لحسن نية المتعاقد الآخر، إذا لم ينتج أثره كعيب من عيوب الإرادة فإنه ينتج أثره كعمل غير مشروع، ويكون للمتعاقد الذي وقع عليه الإكراه أن يطالب الغير الذي صدر منه الإكراه بتعويض ما أصابه من الضرر.

وقد يصدر الإكراه لا من أحد المتعاقدين ولا من الغير، ولكن من ظروف تهيأت مصادفة لا يد لأحد فيها، واقتصر المتعاقد على الإفادة منها واستغلالها لحمل من وقع تحت تأثير هذه الظروف على التعاقد. مثل ذلك أن يتقدم شخص لإنقاذ آخر من خطر الغرق أو الحريق أو القتل أو نحو ذلك، ويحصل منه قبل إنقاذه على تعهد بإعطائه مقداراً جسيماً من المال ثمناً لهذا الإنقاذ، وأن يتفق جراح مع مريض على إجراء عملية في نظير أجر باهظ مبالغ فيه، فما دامت إرادة المتعاقد لم تكن حرة، بل صدرت تحت تأثير الضغط، فالإرادة فاسدة، سواء في ذلك أن يكون مصدر الضغط هو المتعاقد الآخر أو أجنبي أو ظروف خارجية لا يد لأحد فيها، فأثر الضغط في إرادة المتعاقد واحد في كل هذه الأحوال، وما دام الدائن قد علم بالظرف الخارجي واستغله فالعقد قابل للإبطال. وعلى النقيض من ذلك ينتفي الإكراه إذا لم يحاول الدائن أن يستغل المتعاقد معه، بل يقتصر على إنقاذه في مقابل منفعة معقولة. ويبقى هذا الحكم صحيحاً حتى لو اعتقد هذا المتعاقد أن الدائن قد استغله، ما دام الدائن كان حسن النية ولم يهدف إلى استغلال الخطر الذي يتهدد المتعاقد معه. فإذا اتفق جراح شهير مع مريض على إجراء عملية جراحية خطيرة. وتقاضى أجراً لعمله مبلغاً كبيراً من المال ولكنه يتناسب مع خطورة العملية. فالعقد صحيح حتى لو تمسك المريض فيما بعد بأن إرادته لم تكن حرة وقت التعاقد. وتعليل ذلك أن الطبيب كان حسن النية، فلو فرض أن المريض لم يكن حر الإرادة وأراد إبطال العقد، فمن حق الطبيب أن يتقاضى تعويضاً من المريض في هذه الحالة، وخير تعويض هو استبقاء العقد صحيحاً. وهذا يلاحظ أن استغلال الخطر الذي يتهدد المتعاقد لابتزاز أجر باهظ منه قد تضيق به قواعد الاستغلال كما وردت في نصوص التقنين المدني المصري، فهذه لا تنطبق إلا إذا استغل في المتعاقد طيشه البين أو هواه الجامح، أما استغلال الحاجة الملحة فقد حذف من النص. فيبقى إذن من المفيد أن نعتبر استغلال الخطر الذي يتهدد المتعاقد صورة من صور الإكراه، حتى يتمكن هذا المتعاقد من إبطال العقد للإكراه في حالة لا يتمكن فيها من إبطاله أو إنقاصه للاستغلال[1].

---

(١) انظر في كل ما تقدم **«الوسيط»** (١/ ٣٣٤ ـ ٣٥٥).

المطلب الثاني

الإكراه في الفقه الإسلامي

بروز الإكراه عن سائر عيوب الإرادة في الفقه الإسلامي:

يبرز الإكراه بروزاً واضحاً في الفقه الإسلامي، ويتميز بهذا الوضوح عن سائر عيوب الإرادة. ذلك بأن الإكراه، كما قدمنا، أقرب عيوب الإرادة إلى الموضوعية وأبعدها عن الذاتية، بسبب ما يتصل به من وسائل العنف التي هي أكثر ما تكون وسائل مادية ظاهرة وليست وسائل معنوية خفية. فاستقرار التعامل هنا لا يتعارض مع احترام الإرادة الحقيقية، لا سيما إذا كان الإكراه واقعاً من أحد المتعاقدين على المتعاقد الآخر كما هو الغالب.

والمذهب الحنفي هنا في عيب الإكراه ـ خلافاً لما رأيناه عليه في عيبي الغلط والتدليس ـ أكثر المذاهب عناية بتقرير مسائل الإكراه وبسطها مسهبة مفصلة، حتى إنه ليجمع شتاتها في باب مستقل يتميز عن سائر أبواب الفقه. فالإكراه هو العيب الوحيد من عيوب الإرادة الذي يجرد المذهب الحنفي أحكامه، فلا يجعلها تتصل بعقد أو تصرف الذات، ولكن يتناول بها جميع التصرفات، لا التصرفات القولية فحسب بل التصرفات الفعلية أيضاً، أي يعممها فتشمل جميع مصادر الحقوق من تصرفات قانونية ووقائع مادية كما سنرى. ويعنى علم أصول الفقه أيضاً بالإكراه فيعقد له باباً خاصًا.

ويقول السرخسي في «**المبسوط**» (٢٤/ ٤٠) إن محمداً رحمه الله عني بوضع كتاب في الإكراه خاصة وقد ابتلي: «بسبب تصنيف هذا الكتاب، على ما حكي عن ابن سماعة رحمه الله قال: لما صنف محمد رحمه الله هذا الكتاب، سعى به بعض حساده إلى الخليفة، فقال إنه صنف كتاباً سماك فيه لصًا غالباً. فاغتاظ لذلك، وأمر بإحضاره. وأتاه الشخص وأنا معه، فأدخله على الوزير أولاً في حجرته. فجعل الوزير يعاتبه على ذلك، فأنكره محمد أصلاً. فلما علمت السبب، أسرعت الرجوع إلى داره، وتسورت حائط بعض الجيران، لأنهم كانوا سمروا على بابه. فدخلت داره، وفتشت الكتب، حتى وجدت كتاب الإكراه، فألقيته في جب في الدار، لأن الشرط أحاطوا بالدار قبل خروجي منها، فلم يمكني أن أخرج، واختفيت في موضع حتى دخلوا وحملوا جميع كتبه إلى دار الخليفة بأمر الوزير وفتشوها، فلم يجدوا شيئاً مما ذكره الساعي لهم. فندم الخليفة على ما صنع به، واعتذر إليه، ورده بجميل. فلما كان بعد أيام أراد محمد رحمه الله أن يعيد تصنيف الكتاب، فلم يجبه خاطره إلى مراده، فجعل يتأسف على ما فاته من هذا الكتاب. ثم أمر بعض وكلائه أن يأتي بعامل ينقي البئر، لأن ماءها قد تغير. فلما نزل العامل في البئر، وجد الكتاب في آجرة أو حجر بناء من طي البئر لم يبتل، فسر محمد رحمه الله بذلك، وكان يخفي الكتاب زماناً، ثم أظهره. فعد هذا من مناقب محمد، وما يستدل به على صحة تفريعه لمسائل هذا الكتاب»[1].

---

(١) سقنا هذه القصة لنبين كيف أن القانون العام، في مسائل الحكم والإدارة، لم يرق في الفقه الإسلامي رقي

والفقه الإسلامي عندما يتناول نظرية الإكراه يتبسط فيها ويفيض في تفصيلاتها، حتى إنه ليتميز عن الفقه الغربي، في هذه النظرية، في أمور ثلاثة:

أولاً: عندما ينظر الفقه الإسلامي إلى الإكراه كعيب في الإرادة، يجعل ـ في المذهبين الحنفي والشافعي ـ الجزاء عليه أشد من الجزاء على عيوب الإرادة الأخرى. فقد رأينا أن كلاً من الغلط والتدليس لا يمنع من صحة العقد، وإنما يجعل العقد غير لازم فيكون للعاقد الخيار في إمضاء العقد أو فسخه. أما في الإكراه فالمذهب الحنفي، في تحديد الجزاء عليه، يتردد بين فساد العقد وتوقفه. وكلاهما أشد من عدم اللزوم، وظاهر المذهب فساد العقد لا توقفه. والمذهب الشافعي يجعل جزاء الإكراه البطلان. على أن مذهب مالك يجعل جزاء الإكراه عدم لزوم العقد، فيستوي الإكراه في ذلك مع سائر عيوب الإرادة.

ثانياً: وعندما ينظر الفقه الإسلامي إلى الإكراه كعمل غير مشروع، يقف طويلاً عند ذلك، ويفصل كيف يرجع العاقد الذي وقع عليه الإكراه على المكرِه بالضمان جزاء إكراهه.

ثالثاً: ولا يقتصر الفقه الإسلامي على هاتين الناحيتين، بل هو يجاوز بالإكراه منطقة العقود والتصرفات، فتندمج فيه نظريات مختلفة يعالجها الفقه الغربي في نواح أخرى: تندمج فيه نظرية العمل غير المشروع، ونظرية الضرورة، ونظرية الدفاع الشرعي، ونظرية الوديعة الاضطرارية، ونظرية الصورية في بيع التلجئة، ونظرية السبب الأجنبي، وغير ذلك من النظريات التي لا نعرض لها هنا لخروجها عن نطاق هذا البحث.

وسنجري في بسط مسائل الإكراه في الفقه الإسلامي ـ في النطاق الذي رسمناه ـ على الترتيب الذي رأيناه في الفقه الغربي، فنستعرض المسائل الآتية:

١ ـ استعمال وسائل للإكراه تهدد بخطر جسيم محدق.

٢ ـ هل يكون الإكراه متحققاً إذا كان القصد منه الوصول إلى غرض مشروع، وهل يتحقق عن طريق الشوكة والنفوذ الأدبي؟.

٣ ـ الرهبة التي تحمل على التعاقد.

٤ ـ الجهة التي يصدر منها الإكراه.

٥ ـ ونضيف مسألة خامسة، هي حكم الإكراه، فقد قدمنا أن هذا الحكم يختلف باختلاف المذاهب.

القانون الخاص. فقد كان الفقهاء يخشون بأس الفقهاء والسلاطين لو أنهم عرضوا لمثل هذه المسائل الشائكة، حتى قيل: إن الماوردي لم يذع كتابه في الأحكام السلطانية طيلة حياته، وأوصى ألا يذاع إلا بعد موته. ويكفي أن التصنيف في مسألة الإكراه ـ مع بعدها عن مسائل الحكم ـ كانت سبباً في هذه البلاء الذي أصاب محمداً رحمه الله. وكان الإكراه أيضاً ـ عندما حدث مالك بحديث: «ليس على مستكره طلاق» سبباً في محنة مالك رحمه الله.

استعمال وسائل للإكراه تهدد بخطر جسيم محدق:

الإكراه في الفقه الإسلامي هو حمل الغير على ما لا يرضاه[١]. وجاء في «**المبسوط**» (٢٤/ ٣٨ ـ ٣٩): «الإكراه اسم لفعل يفعله المرء بغيره فينتفي به رضاه أو يفسد به اختياره، من غير أن تنعدم به الأهلية في حق المكرَه، أو يسقط عنه الخطاب، لأن المكرَه مبتلى والابتلاء يقرر الخطاب. . . ولذلك لا ينعدم أصل القصد والاختيار بالإكراه، وكيف ينعدم ذلك وإنما طلب منه أن يختار أهون الأمرين عليه». ونرى من ذلك أن الإكراه يعدم الرضاء ويبقى الاختيار، فإن الإنسان يكون مختاراً لأخف الضررين دون أن يكون راضياً بأيهما. والاختيار هو القصد إلى مقدور متردد بين الوجود والعدم بترجيح أحد جانبيه على الآخر، فإن استقل الفاعل في قصده فاختياره صحيح، وإلا ففاسد. والرضاء يكون منعدماً دائماً مع الإكراه. أما الاختيار فيكون فاسداً في الإكراه الملجىء وهو الإكراه الذي يهدد بفوات النفس أو ما هو في معناها كالعضو، ويبقى صحيحاً في الإكراه غير الملجيء وهو الإكراه بالقيد أو الحبس مدة طويلة أو بالضرب الذي لا يخشى منه على النفس أو العضو انظر «**فتح الغفار**» (٣/ ١١٩)».

ويسمي الكاساني الإكراه الملجيء بالإكراه التام. والإكراه غير الملجيء بالإكراه الناقص. جاء في «**البدائع**» (٧/ ١٧٥): «وأما بيان أنواع الإكراه فنقول إنه نوعان. نوع يوجب الإلجاء والاضطرار طبعاً كالقتل والقطع والضرب الذي يخاف فيه تلف النفس أو العضو، قل الضرب أو كثر، ومنهم من قدره بعدد ضربات الحد وأنه غير سديد؛ لأن المعول عليه تحقق الضرورة فإذا تحققت فلا معنى لصورة العدد. وهذا النوع يسمى إكراهاً تامًّا. ونوع لا يوجب الإلجاء والاضطرار، وهو الحبس والقيد والضرب الذي لا يخاف منه التلف، وليس فيه تقدير لازم سوى أن يلحقه منه الاغتمام البين من هذه الأشياء، أعني الحبس والقيد والضرب، وهذا النوع من الإكراه يسمى إكراهاً ناقصاً». وجاء في «**التوضيح**» (٢/ ١٩٦): «الإكراه. . . وهو إما ملجىء بأن يكون بفوت النفس أو العضو، وهذا معدم للرضا ومفسد للاختيار. وإما غير ملجىء بأن يكون بحبس أو قيد أو ضرب، وهذا معدم للرضا غير مفسد للاختيار»[٢]. وجاء في «**التلويح**» شرحاً لما تقدم: «الإكراه وهو حمل الغير على أن يفعل ما لا يرضاه ولا يختار مباشرته لو خلي ونفسه، فيكون معدماً للرضا لا للاختيار، إذ الفعل يصدر عنه باختياره. لكنه قد يفسد الاختيار، بأن يجعله مستنداً إلى اختيار آخر، وقد لا يفسده بأن يبقى الفاعل مستقلاً في قصده. وحقيقة الاختيار هو القصد إلى مقدور متردد بين الوجود والعدم بترجيح أحد جانبيه على الآخر، فإن استقل الفاعل في قصده فصحيح، وإلا ففاسد. وبهذا الاعتبار يكون الإكراه إما ملجئاً بأن يضطر الفاعل

---

(١) «**فتح الغفار**» (٣/ ١١٩).

(٢) فالإرادة في الفقه الإسلامي تتكون من عنصرين، الاختيار والرضاء. فإذا انعدمت الإرادة، انعدم العنصران معاً، كما رأينا ذلك في الفقه الغربي عند انعدام الإرادة بالإكراه. وإذا فسدت الإرادة ـ كما رأينا ذلك أيضاً في الفقه الغربي ـ فمعنى ذلك في الفقه الإسلامي أن عنصر الرضاء منعدم، ويبقى عنصر الاختيار، فاسداً في الإكراه الملجيء، وصحيحاً في الإكراه غير الملجيء.

إلى مباشرة الفعل خوفاً من فوات النفس أو ما هو في معناها كالعضو، وإما غير ملجىء بأن يتمكن الفاعل من الصبر من غير فوات النفس أو العضو». (انظر أيضاً المادتين (٢٨٥ـ ٢٨٦) من **«مرشد الحيران»** والمادتين (١٠٠٦ ـ ١٠٠٧) من **«المجلة»**).

والفرق بين الإكراه الملجيء والإكراه غير الملجيء أنّ الأول، وهو أشد جسامة من الثاني، يؤثر في التصرفات القولية والتصرفات الفعلية جميعاً أي في التصرفات القانونية والوقائع المادية، فيفسد الأولى ويصلح عذراً يعفي من المسؤولية عن الثانية. أما الإكراه غير الملجيء فيقتصر على التأثير في صحة التصرفات القولية، ولا يصلح عذراً يعفى من المسؤولية عن التصرفات الفعلية لأنه لم يبلغ حد الجسامة الواجب لذلك، ولكن لما كان كل من النوعين يعدم الرضاء، ويفسد التصرف القانوني، فإن إطلاق الإكراه دون تخصيص ينصرف إلى الملجيء وغير الملجيء.

ويجب أن يكون الإكراه جسيماً، حتى فيما كان منه غير ملجيء، وجسامة الإكراه في الفقه الإسلامي، كما هو في الفقه الغربي، أمر نسبي يتوقف على حالة الشخص الذي يقع عليه الإكراه. فضعيف الجسم لا يتحمل ما يحتمله القوي. ثم إن هناك علاقة وثيقة ما بين الوسيلة التي تستعمل للإكراه والعمل الذي يراد الإكراه على إتيانه، إذ يجب أن يتناسب هذا العمل مع تلك الوسيلة. والإكراه لا يتحقق إلا إذا كان الإنسان يدفع عن نفسه ما هو أعظم مما يقدم عليه. فلو هدد شخص بالضرب سوطاً أو سوطين أو بالحبس مدة قصيرة لإجباره على إمضاء التزام باهظ. لوجب أن يحتمل هذا الضغط الهين ويمتنع عن إمضاء الالتزام الباهظ إذ لا تناسب بين الإثنين، وهذا ما لم يكن ضعيف الجسم إلى حد أنه لا يحتمل هذا الألم الخفيف. ويقول **«المبسوط»** (٢٤/ ٥٠) في هذا المعنى: «وقد بلغنا عن ابن مسعود رضي الله عنه قال: ما من كلام أتكلم به يدرأ عني ضربتين بسوط غير ذي سلطان إلا كنت متكلماً به. وإنما نضع هذا على الرخصة فيما فيه الألم الشديد وإن كان من سوطين. فأما أن نقول: السوطان اللذان لا يخاف منهما تلف يوجبان الرخصة له في إجراء كلمة الشرك، فهذا مما لا يجوز أن يظن بعبد الله رضي الله عنه. وأما تصرف هذا اللفظ منه على سبيل المثل، فلبيان الرخصة عند خوف التلف. وقيل: السوطان في حقه كان يخاف منهما التلف لضعف نفسه، فقد كان بهذه الصفة على ما روى أنه صعد شجرة يوماً، فضحكت الصحابة رضي الله عنهم من دقة ساقيه، فقال رسول الله ﷺ: «لا تضحكوا فهما ثقيلان في الميزان». ويقول: أيضاً (٢٤/ ٦٨): «ولو قال: لتقطعن يد نفسك أو لأقطعنها، أنه لم يسعه قطعها، لأنه ليس بمكرَه، فالمكرَه من ينجو عما هدد به بالإقدام على ما طلب منه. وهنا في الجانبين عليه ضرر قطع اليد، وإذا امتنع صارت يده مقطوعة بفعل المكره، وإذا أقدم عليه صارت مقطوعة بفعل نفسه. وهو يتيقن بما يفعله بنفسه، ولا يتيقن بما هدده به المكرِه، فربما يخوفه بما لا يحققه. فلهذا لا يسعه قطعها، ولو قطعها لم يكن على الذي أكرهه شيء، لأن نسبة الفعل إلى المكرِه عند تحقق الإكراه. والإكراه أن يدفع عن نفسه ما هو أعظم مما يقدم عليه، وذلك لا يوجد هنا». ويقول كذلك (٢٤/ ١٥١ ـ ١٥٤): «وإذا أكره الرجل بوعيد تلف على أكل الميتة أو لحم الخنزير أو شرب الخمر فلم يفعل حتى قتل، وهو يعلم أن ذلك يسعه. كان آثماً... فإن كان لا يعلم أن ذلك يسعه، رجوت ألا يكون آثماً؛ لأنه قصد به التحرز عن ارتكاب الحرام في زعمه... ثم ذكر فصل

الإكراه على الكفر أنه إذا امتنع من ذلك حتى قتل لم يكن آثماً، وقد بينا أنه مأجور فيه. . . وحديث خبيب رضي الله عنه معروف. . . إن إجراء كلمة الشرك في هذه الحالة رخصة له، والامتناع هو العزيمة، فإن ترخص بالرخصة وسعه، وإن تمسك بالعزيمة كان أفضل له. . . ولو أن رجلاً وجب عليه أمر بمعروف أو نهي عن منكر، فخاف إن فعل أن يقتل وسعه ألا يفعل، وإن فعل فقتل كان مأجوراً». وحديث خبيب المشار إليه هنا، يفصله «المبسوط» هو وحديث عمار بن ياسر في موضع آخر (٢٤/ ٤٣ ـ ٤٤) على الوجه الآتي: «أخذ المشركون عمار بن ياسر رضي الله عنه، فلم يتركوه حتى سب رسول الله ﷺ وذكر آلهتهم بخير، ثم تركوه. فلما أتى رسول الله ﷺ، قال عليه الصلاة والسلام: «ما وراءك»؟ قال: شر، ما تركوني حتى نلت منك وذكرت آلهتهم بخير. قال عليه الصلاة والسلام فكيف تجد قلبك، قال: أجده مطمئنًا. قال عليه الصلاة والسلام: «إن عادوا فعد». . . ولكن مراده عليه الصلاة والسلام: إن عادوا إلى الإكراه، فعد إلى طمأنينة القلب بالإيمان. وهذا لأن التكلم وإن كان يرخص له فيه، فالامتناع منه أفضل. ألا ترى أن خبيب بن عدي رضي الله عنه لما امتنع حتى قتل، سماه رسول الله ﷺ أفضل الشهداء، وقال: «هو رفيقي في الجنة». وقصته أن المشركين أخذوه وباعوه من أهل مكة، فجعلوا يعاقبونه على أن يذكر آلهتهم بخير ويسب محمداً ﷺ، وهو يسب آلهتهم ويذكر رسول الله ﷺ بخير: فأجمعوا على قتله. فلما أيقن أنهم قاتلوه، سألهم أن يدعوه ليصلي ركعتين. فأوجز صلاته، ثم قال: إنما أوجزت لكيلا تظنوا أني أخاف القتل. ثم سألهم أن يلقوه على وجهه ليكون هو ساجداً لله حين يقتلونه، فأبوا عليه ذلك. . . فلما قتلوه وصلبوه، تحول وجهه إلى القبلة».

ونرى من ذلك أن الإكراه في الفقه الإسلامي أمر نسبي. فيجوز للإنسان أن يقدم على القليل ليدفع عنه الكثير، ولا يجوز له أن يقدم على الكثير ليدفع عنه القليل. وإذا أقدم على الكثير ليدفع عنه الكثير كان معذوراً، أما إذا لم يقدم فإنه يكون مأجوراً.

والإكراه يتحقق من السلطان وغير السلطان، فكل متغلب يقدر على تنفيذ ما هدد به يحدث في النفس الرهبة التي يتحقق بها الإكراه، سلطاناً كان أو لصًا وهذا هو قول الصاحبين. ويذهب أبو حنيفة إلى أن الإكراه لا يتحقق إلا من السلطان لما أن المنعة له والقدرة لا تتحقق بدون المنعة، ولو صدر الإكراه من غيره أمكن أن يفزع من وقع عليه الإكراه إلى السلطان. والفتوى على قول الصاحبين. جاء في «الفتاوى الخانية» (٣/ ٤٨٣): «الإكراه لا يتحقق إلا من السلطان في قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى. وفي قول صاحبيه رحمهما الله تعالى يتحقق من كل متغلب يقدر على تحقيق ما هدد به، وعليه الفتوى». وجاء في «الهداية» تكملة «فتح القدير» (٧/ ٢٩٢ ـ ٢٩٣): «الإكراه يثبت حكمه إذا حصل ممن يقدر على إيقاع ما توعد به، سلطاناً كان أو لصًا. لأن الإكراه اسم لفعل يفعله المرء بغيره، فينتفي به رضاه أو يفسد به اختياره مع بقاء أهليته، وهذا إنما يتحقق إذا خاف المكرَه تحقيق ما توعد به. وذلك إنما يكون من القادر، والسلطان وغيره سيان عند تحقق القدرة. والذي قاله أبو حنيفة أن الإكراه لا يتحقق إلا من السلطان لما أن المنعة له والقدرة لا تتحقق بدون المنعة، فقد قالوا: هذا اختلاف عصر وزمان لا اختلاف حجة وبرهان، ولم تكن القدرة في زمنه إلا للسلطان، ثم بعد ذلك تغير الزمان وأهله». وجاء في «البدائع» (٧/ ١٧٦):

«وعلى هذا قال أبو حنيفة رضي الله عنه: إن الإكراه لا يتحقق إلا من السلطان. وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله إنه يتحقق من السلطان وغيره. وجه قولهما أن الإكراه ليس إلا إبعاداً بإلحاق المكروه، وهذا يتحقق من كل مسلط. وأبو حنيفة رضي الله عنه يقول غير السلطان لا يقدر على تحقيق ما أوعد، لأن المكرَه يستغيث بالسلطان فيغيثه، فإذا كان المكرِه هو السلطان فلا يجد غوثاً. وقيل: إنه لا خلاف بينهم في المعنى، إنما هو خلاف زمان، ففي زمن أبي حنيفة رضي الله عنه لم يكن لغير السلطان قدرة الإكراه، ثم تغير الحال في زمانهما فغيرت الفتوى على حسب الحال».

ويجب أن يكون الخطر الذي يهدد المكرَه خطراً محدقاً. . . وهنا أيضاً كما في الفقه الغربي، العبرة بحالة المكرَه. فقد تبقى الرهبة في نفسه ما دام المكرَه حاضراً فيتمثل الخطر محدقاً، ونزول الرهبة إن غاب المكره عن بصره فيزول الإكراه، ولا يجوز إذن لمن وقع عليه الإكراه أن يقدم على العمل بعد غياب المكره. ولذلك جاء في «**الفتاوى الخانية**» (٣/ ٤٨٣): «وإن غاب المكرِه عن بصر من أكرهه يزول الإكراه». وجاء في المادة (١٠٠٥) من «**المجلة**»: «إن فعل المكرَه المكرَه عليه في حضور المجبر أو عونه كان الإكراه معتبراً. أما إذا فعله في غياب المجبر أو عونه، فلا يعتبر، لأنه يكون قد فعله طوعاً بعد زوال الإكراه. مثلاً: لو أكره واحد آخر على بيع ماله، وذهب المكرَه وباع ماله في غياب المجبر وعونه، فلا يعتبر الإكراه ويكون البيع صحيحاً ومعتبراً». وجاء في المادة (٢٩٠) من «**مرشد الحيران**»: «إذا عقد المكرَه العقد في غياب المجبر. ولم يرسل المجبر أحداً ليرده إليه إن لم يفعل، فلا يعتبر الإكراه، ويكون قد عقده طوعاً بعد». ولكن يبدو أن هذا إنما يكون إذا اعتقد المكرَه أن غياب المجبر قد أبعد عنه الخطر. ذلك أن العبرة بحلول الرهبة في نفس المكرَه كما قدمنا. فإذا وقعت الرهبة في نفسه وبقيت حتى بعد غياب المجبر، كان الإكراه متحققاً. وإذا لم تقع الرهبة في نفسه، فإن الإكراه لا يتحقق حتى مع حضور المجبر. فالمعيار هنا أيضاً نفسي. وقد جاء في «**المبسوط**» (٢٤/ ٥٠): «ولو أن هؤلاء اللصوص قالوا شيئاً من ذلك للرجل، والرجل لا يرى أنهم يقدمون عليه، لم يسعه الإقدام على المحرم، لأن المعتبر خوف التلف، ولا يصير خائفاً التلف إذا كان يعلم أنهم لا يقدمون عليه وإن هددوه به». وقال «**كاشف الغطاء**» من أئمة الجعفرية(٣/ ١٧٧ ـ ١٧٨): «سواء فعل ذلك بحضور المكرِه المتوعد أو بغيابه، فإن الحضور والغياب ليس له أي أثر بعد تحقق تلك الشروط، فلا وجه لما في المادة (١٠٠٥) من «**المجلة**». . فإنه لو أكره أحد آخر على بيع داره ولو بكتاب أو رسول، تحقق الإكراه، وأي أثر للحضور إذا كان الخوف حاصلاً حتى مع الغياب!».

والخطر إما أن يتهدد المتعاقد في نفسه أو جسمه، وإما أن يتهدده في اعتباره بين الناس، وإما أن يتهدده في ماله. وقد رأينا أن الإكراه الملجيء هو الذي يهدد بفوات النفس أو العضو، وأن الإكراه غير الملجيء يكون بالحبس والقيد والضرب. ويشير كل من التاودي والتسولي في «**شرح تحفة ابن عاصم**» إلى كل هذه الأشياء التي يتهددها الخطر. فيقول «**التاودي**» (٢/ ٧٥): «فصل في بيع الضغوط: المراد به هنا المكرَه على البيع أو على سببه. . . وما أشبهه، يعني المغصوب منه، ومن بيع في غير حق شرعي بالقهر. . مالا. . تحت ضغط مرعي، أي معتبر شرعاً، بأن يكون بخوف قتل أو ضرب أو سجن أو صفع لذي مروءة بملأ أو أخذ مال أو قتل ولد. قال الشارح

والإهانة الملزمة لمن لا تليق به إكراه، فكيف بالضرب والإيلام. قال ابن رشد والسجن بمجرده عند ذوي العلم إكراه، فكيف بما وصفت من الإخافة والوثاق بالحديد». ويقول التسولي (٢/ ٧٥ - ٧٦): «والإهانة الملزمة لمن لا تليق به إكراه. قال في «**نوازل الكفالة**» من البرازلي في قوم تضامنوا لعداوة كانت بينهم إن ما ذهب لأحدهم ضمنه الآخران الكفالة غير لازمة لوجود الإكراه بالخوف من رجوع العداوة».

والقياس أن يكون الإكراه واقعاً على المكرَه نفسه لا على أحد غيره. ولكن الاستحسان أن يعتبر إكراهاً كل خطر جسيم يهدد الابن أو الأب أو ذا الرحم المحرم. جاء في «**المبسوط**» (٢٤/ ١٤٣ - ١٤٤): «ولو قيل له لتقتلن ابنك هذا أو أباك أو لتبيعن عبدك هذا بألف درهم، فباعه، فالقياس أن البيع جائز لأنه ليس بمكرَه على البيع، فالمكرَه من يهدد بشيء في نفسه: ولكنه استحسن، فقال: البيع باطل، لأن البيع يعتمد تمام الرضا، وبما هدد به ينعدم رضاه، فالإنسان لا يكون راضياً عادة بقتل أبيه أو ابنه، ثم هذا يلحق الهم والحزن به فيكون بمنزلة الإكراه بالحبس والإكراه بالحبس يمنع نفوذ البيع والإقرار والهبة والعقود التي تحتمل الفسخ، فكذلك الإكراه بقتل ابنه، وكذلك التهديد بقتل ذي رحم محرم، لأن القرابة المتأيدة بالمحرمية بمنزلة الولاد في حكم الأحياء، بدليل أنها توجب العتق عند الدخول في ملكه. ولو قيل: لنحبسن أباك في السجن أو لتبيعن هذا الرجل عبدك بألف درهم، ففعل، ففي القياس البيع جائز لما بينا أن هذا ليس بإكراه، فإنه لم يهدد بشيء في نفسه، وحبس أبيه في السجن لا يحلق ضرراً به، والتهديد به لا يمنع صحة بيعه وإقراره وهبته، وكذلك في حق كل ذي رحم محرم. وفي الاستحسان ذلك إكراه كله، ولا ينفذ شيء من هذه التصرفات، لأن حبس أبيه يلحق به من الحزن ما يلحق به حبس نفسه أو أكثر، فالولد إذا كان بارًا يسعى في تخليص أبيه من السجن وإن كان يعلم أنه يحبس، وربما يدخل السجن مختاراً ويحبس مكان أبيه ليخرج أبوه. فكما أن التهديد بالحبس في حقه يعدم تمام الرضا، فكذلك التهديد بحبس أبيه، والله أعلم». ويبدو أن المذهب المالكي لا يسلم بالإكراه على الأقارب تسليم المذهب الحنفي، ففي نصوص الفقه المالكي تردد واضح. جاء في «**التسولي**» (٢/ ٧٦): وأما الخوف على أجنبي، فصحح ابن بشير قول أشهب بأنه لا إكراه، وقال ابن بزيزة: إنه المشهور. وأحرى خوفه على قتل أبيه أو أخيه أو عمه. بل صرح ابن فرحون بأن المعرة إكراه، ولا يخفى أن قتل الأجنبي عند المؤمن أعظم من صفع قفاه». وجاء في «**الحطاب**» (٤/ ٢٥٠ - ٢٥١): «قال ابن عرفة: وبيع قريب المضغوط لفكاكه من عذاب، كزوجته وولده وقريبه لازم ا هـ. يريد بيعه متاع نفسه، كما صرح به في «**التوضيح**» وغيره. وقال لأن هؤلاء لم يضغطوا، ولو لم يبيعوا متاعهم لم يطلبوا ا هـ. وهذا في غير الأب. وأما الأب إذا عذب ولده بين يديه، فقال البرازلي: إنه من الإكراه، ونصه وسئل ابن البراء عمن أخذه العمال بغير حق فباعت أمه وأخواته داراً لهم قامت عليهم بسبعمائة وقيمتها حينئذ أربعمائة بمائة وخمسين ديناراً جبراً بسبب فداء ولدها، وكانت لأبيه قاعة فباعها بأربعة عشر ديناراً. ثم مات الوالدان، وقام الورثة بنقض البيع بسبب الغبن أو غيره، فأجاب: إذا ثبت الجور والعدوان بطل ما يجري في ذلك، والحاكم ينظر فيه فما ثبت عنده بنى عليه حكمه الشرعي. قلت: تقدم في الرواية أن ما باعته زوجته أو ابنه أو قريبه

من متاع أنفسهم في افتكاكه يلزمهم بيعه، بخلاف متاع المضغوط، لأنهم لم يطلبوا إنما باعوا حسبة. فعلى هذا كل ما باعته هذه المرأة والأخوات من مالهن فلا مقال لهن فيه. واستشكل الشيخ أبو القاسم السيوري هذه الرواية، وقال: لم يظهر لي صوابها، فإن الولد إذا عذب بين يدي والديه فأي إكراه أبين من هذا، وأين الحسبة والله تعالى يقول: ﴿لَا تُضَآرَّ وَٰلِدَةٌۢ بِوَلَدِهَا﴾ [البقرة: ٢٣٣]. قلت: هذا أحد الأقوال إن الإكراه بسبب الولد كالإكراه بالنفس، لكن يبقى غير الولد من الزوجة والإخوة ونحو ذلك مما نص عليه في الرواية ا هـ. واعلم أن الرواية لم ينص فيها على الوالد، ولعله خارج من هذا الحكم. وأما السؤال ففيه أنهم باعوا جبراً فتأمله والله أعلم».

أما المذهب الحنفي فهو صريح، كما رأينا في «**المبسوط**»، في أن الإكراه بسبب ذوي الرحم المحرم معتبر. وقد نصت المادة (٢٨٧) من «**مرشد الحيران**» على أن الإكراه بحبس الوالدين والأولاد وغيرهم من ذي رحم محرم أو بضربهم يعدم الرضا أيضاً».

هل يكون الإكراه متحققاً إذا كان القصد منه الوصول إلى غرض مشروع؟ وهل يتحقق عن طريق الشوكة والنفوذ الأدبي؟:

وفي الفقه الإسلامي، كما في الفقه الغربي، لا يتحقق الإكراه إذا كان القصد منه الوصول إلى غرض مشروع. فمطالبة الشخص بحق عليه أمر مشروع دون شك، ثم إن إكراه هذا الشخص على أداء الحق الذي عليه لا يكون إكراهاً معتبراً، ولا يفسد التصرف القانوني الذي يؤدَّى به الحق، ويكون الإكراه هنا إكراهاً بحق، أو جبراً شرعيًا. وصور الجبر الشرعي كثيرة: منها جبر القاضي المديان على بيع متاعه للغرماء، وجبر من عليه الخراج على بيع ماله لأداء الخراج، وجبر من له دار تلاصق الجامع أو الطريق على بيعها إذا احتيج إلى توسعتهما بها، وجبر عمال السلطان على بيع أموالهم لرد ما جمعوه من الناس ظلماً. كل هذه صور للجبر الشرعي لا يعتد فيها بالإكراه، لأنه إكراه بحق شرعي، أو هو إكراه للوصول إلى غرض مشروع. جاء في «**الخرشي**» (٥/ ٩) في هذا المعنى: «واحترز بالجبر الحرام من الجبر الشرعي، كجبر القاضي المديان على البيع لوفاء الغرماء أو المنفق للنفقة والخراج الحق فليس من ذلك بل هو جائز لازم، ومن الإكراه الحق الجبر على بيع الأرض للطريق أو لتوسيع المسجد والطعام إذا احتيج إليه». وجاء في «**المواق**» (٤/ ٢٥٢): «والعامل يعزله الوالي على سخطه، أو يتقبل الكورة بمال يلتزمه ويأخذ أهلها بما شاء من الظلم، فيعجز عما عليه، فيغرمه الوالي مالاً بعذاب حتى يلجئه لبيع ماله. فبيعه ماض عليه، كمضغوط في حق عليه، سواء أخذ الوالي ماله لنفسه أو رده على أربابه. وكذلك المكرَه والمضغوط في البيع لحق عليه أو دين لازم، وكذلك بيع أهل الذمة والعنوة فيما عليهم، من جزية ا هـ. انظر أيضاً قد نصوا أنه كما يجبر الإنسان على بيع ماله لحق عليه، كذلك يجبر ذو ربع على بيعه لتوسيع مسجد الجمعة، أفتى به ابن رشد. وكذلك قال سحنون: يجبر ذو أرض تلاصق طريقاً هدمها نهر لا ممر للناس إلا فيها على بيع طريق منها لهم بثمن يدفعه الإمام من بيت المال. . . وكذلك أيضاً الماء لمن به عطش ومن انهارت بئره، والمحتكر، وسانية البلد، والفدان في قرن الجبل لتخلص الناس من أجل وعره، والغرس يطلبه السلطان إن لم يدفع له جبر الناس». وجاء في «**الحطاب**» (٤/ ٢٥٢ ـ ٢٥٣): «ومضى البيع المجبر عليه، إذا كان ذلك في جبر السلطان عاملاً

من عماله. . . وذلك أن السلطان إذا أراد تولية أحد أحصى ما بيده، فما وجده بعد ذلك زائداً على ما بيده وعلى ما كان يرزق من بيت مال المسلمين، وإنما أخذه بجاه القضاء والولاية، فالمشاطرة حسنة، وقد فعلها سيدنا عمر بن الخطاب رضي الله عنه مع عماله لما أشكل عليه ما اكتسبوه بالقضاء والعمالة. . . والكلام على مشاطرة سيدنا عمر لسيدنا أبي هريرة وسيدنا أبي موسى رضي الله عنهم مع أن علو منصبهم ومرتبتهم في الورع والدين معلومة. أما إذا كان العامل مشهوراً بالظلم للناس وأخذ أموالهم، فعلى السلطان أن يأخذ جميع ما ظلم الناس به ويرده عليهم. وما ذكره المصنف هنا مفهوم. . . ولو أدخل الكاف عليه فقال: في كجبر عامل، لكان أحسن، ليدخل في كلامه صور الجبر الشرعي، كجبر القاضي المديان على بيع متاعه للغرماء، وجبر أهل الذمة على بيع أموالهم لأداء الجزية الشرعية، وجبر من له دار تلاصق الجامع أو الطريق على بيعها إذا احتيج إلى توسعتهما بها على ما اختاره ابن رشد. . . قال ابن القاسم قال مالك في الذي يضغط في الخراج فيبيع بعض متاعه على وجه الضغط: أرى أن يرد عليه بغير ثمن إذا كان بيعه إياه على عذاب أو ما أشبهه من الشدة، ولا أرى لمشتري ذلك أن يستحله ولا يحبسه. قال ابن رشد: إنما يرد عليهم ما اشترى منهم على وجه الضغط إذا كان الذي يطلبون ويضغطون فيه ظلماً وتعدياً، أو كانوا فقراء لا يلزمهم ما وجب عليهم حتى يوسروا فيبيع عليهم ما لا يلزمهم بيعه كثوب يستر به وشبهه، فهذا يلزم مشتريه رده. فأما أن بيع عليه شيء في حق واجب من جزيته أو من غير جزيته تحت الضغط والإكراه، فلا يرد عليه، وهو سائغ لمن اشتراه، وقد كان ينبغي أن يرفق بهم في تقاضي ذلك منهم وألا يعذبوا على ذلك».

ويقسم الشافعي الإكراه إلى إكراه بغير حق وإكراه بحق. والأول إما أن يكون عذراً شرعيًا يقطع الحكم عن فعل الفاعل، أو لا يكون عذراً شرعيًا فيبقى الحكم منسوباً إلى الفاعل. أما الإكراه بحق فلا يعتد به، ولا يقطع الحكم عن فعل الفاعل. . . وقد جاء في **«التلويح»** (٢/ ١٩٦ - ١٩٧) في هذا المعنى ما يأتي: «القاعدة التي قررها الشافعي رحمه الله تعالى في باب الإكراه هو أن الإكراه إما أن يحرم الإقدام عليه وهو الإكراه بغير الحق، أو لا وهو الإكراه بحق. والثاني: لا يقطع الحكم عن فعل الفاعل، كإكراه الحربي على الإسلام فيصح إسلامه، بخلاف إكراه الذمي فإنه ليس بحق لقوله عليه السلام: «اتركوهم وما يدينون». والأول إما أن يكون عذراً شرعيًا: أو لا. فإن كان عذراً شرعيًا، بأن يحل للفاعل الإقدام على الفعل، فهو يقطع الحكم عن فعل الفاعل سواء أكره على قول أو عمل، لأن صحة القول بقصد المعنى وصحة العمل باختياره، والإكراه يفسد القصد والاختيار، وأيضاً نسبة الحكم إلى الفاعل بلا رضاه إلحاق الضرر به، وهو غير جائز لأنه معصوم محترم الحقوق، والعصمة تقتضي أن يدفع عنه الضرر بدون رضاه لئلا تفوت حقوقه بدون اختياره. ثم إذا قطع الحكم عن الفاعل، فإن أمكن نسبة الفعل إلى الحامل أي المكره، كالإكراه على إتلاف مال الغير، نسب إليه. وإن لم يمكن، بطل الفعل، كالإكراه على الإقرار وسائر الأقوال، وإن لم يكن عذراً شرعيًا، بألا يحل له الإقدام على الفعل، كما إذا أكره على القتل أو الزنا، لا يقطع الحكم عن الفاعل، حتى يجب القصاص والحد على القاتل والزاني مكرهين».

وعند الحنفية إكراه الشخص على إقامة ما هو مستحق عليه لا يوجب الضمان على المكره.

جاء في «**المبسوط**» (٢٤/ ١٠١): «. . . فيكون هذا إكراهاً على إقامة ما هو مستحق عليه، وذلك لا يوجب الضمان على المكره. كما لو أكرهه على أن يؤدي زكاة ماله، أو يكفر يمينه». وجاء أيضاً (١٤٤): «وإذا أكره الرجل بوعيد تلف على أن يكفر يميناً قد حنث فيها، فكفر بعتق أو صدقة أو كسوة أجزأه ذلك، ولو يرجع على المكره بشيء. لأنه أمره بإسقاط ما هو واجب عليه شرعاً، وذلك من باب الحسبة، فلا يكون موجباً للضمان على المكره، وكأنه يعوضه ما جبره عليه من التكفير بسقوط التبعة عنه في الآخرة. . . فإن أوجب شيئاً بعينه على نفسه صدقة في المساكين، فأكره بحبس أو قيد على أن يتصدق بذلك، جاز ما صنع منه، ولن يرجع على المكره بشيء، لأن الوفاء بما التزمه مستحق عليه شرعاً كما التزمه، فإذا التزم التصدق بالعين كان عليه الوفاء به في ذلك العين، والمكره ما زاد في أمره على ذلك، فلا يرجع عليه بشيء. . . ولو قال لله علي عتق رقبة، فأكرهه على أن يعتق عبداً بعينه بقتل، فأعتقه، ضمن المكره قيمته، ولم يجزه عن النذر، لأنه التزم بعتق رقبة بغير عينها، والمكره في أمر بعتق عبد بعينه ظالم، فيكون ضامناً قيمته. وإن كان يعلم الذي أكرهه على عتق عبد هو أدنى ما يكون من التسمية، لم يكن على المكره ضمان، وأجزأ عن المعتق، لتيقننا بوجوب هذا المقدار عليه».

أما الإكراه على الإقرار فلا يجوز، ولا يعتد بالإقرار في هذه الحالة. ذلك لأن الحق إنما يثبت بالإقرار، فقبل الإقرار لم يكن هناك حق ثابت، فلا يصح أن يقال إن الإكراه كان بحق، وقد فصل «**المبسوط**» (٢٤/ ٧٠ ـ ٧٢) هذا الحكم على الوجه الآتي: «ولو أن قاضياً أكره رجلاً بتهديد ضرب أو حبس أو قيد حتى يقر على نفسه بحد أو قصاص، كان الإقرار باطلاً، لأن الإقرار متمثل بين الصدق والكذب، وإنما يكون حجة إذا ترجح جانب الصدق على جانب الكذب، والتهديد بالضرب والحبس يمنع رجحان جانب الصدق. . . ولم ينقل عن أحد من المتقدمين من أصحابنا رحمهم الله صحة الإقرار مع التهديد بالضرب والحبس في حق السارق وغيره إلا شيء روي عن الحسن بن زياد رضي الله عنه أن بعض الأمراء بعث إليه وسأله عن ضرب السارق ليقر، فقال: ما لم يقطع اللحم أو يبيّن العظم. ثم ندم على مقالته. وجاء بنفسه إلى مجلس الأمير ليمنعه من ذلك، فوجده قد ضربه حتى اعترف وجاء بالمال. فلما رأى المال موضوعاً بين يدي الأمير، قال: ما رأيت ظلماً أشبه بالحق من هذا. ولو أكرهه قاض بضرب أو حبس حتى يقر بسرقة أو زنا أو شرب خمر أو قتل، فأقر بذلك فأقامه عليه، فإن كان رجلاً معروفاً بما أقر له به، إلا أنه لا بينة عليه، فالقياس أن يقتص من المكره فيما أمكن القصاص فيه، ويضمن من ماله ما لا يستطاع القصاص فيه، لأن إقراره كان باطلاً والإقرار الباطل وجوده كعدمه، فبقي هو مباشراً للجناية بغير حق، فيلزمه القصاص فيما يستطاع فيه القصاص. ولكن يستحسن أن يلزمه ضمان جميع ذلك في ماله ويدرأ القصاص، لأن الرجل إذا كان معروفاً بما أقر به على نفسه، فالذي يقع في قلب كل سامع أنه صادق في إقراره لما أقر به، وذلك يورث شبهة، والقصاص مما يندرىء بالشبهات، ولأن على قول أهل المدينة رحمهم الله للإمام أن يجبر المعروف بذلك الفعل على الإقرار بالضرب والحبس، فإن مرتكب الكبيرة قلما يقر على نفسه طائعاً، وإذا أقر به مكرهاً عندهم يصح إقراره، وتقام عليه العقوبة. فيصير اختلاف العلماء رحمهم الله شبهة، والقاضي مجتهد فيما صنع، فهذا

اجتهاد في موضعه من وجه، فيكون مسقطاً للقود عنه. ولكن يلزمه المال، لأن المال مما يثبت مع الشبهات، وبالإقرار الباطل لم نسقط حرمة نفسه وأطرافه، فيصير ضامناً له مراعاة لحرمة نفسه وطرفه. وإن كان المكره غير معروف بشيء مما رمي به، أخذت فيه بالقياس وأوجبت القصاص على القاضي فيما يستطاع فيه القصاص، لأنه إذا كان معروفاً بالصلاح فالذي يسبق إليه أوهام الناس أنه بريء الساحة مما رمى به، وإنما أقر على نفسه كاذباً بسبب الإكراه».

أما في المذهب المالكي فالإقرار بالإكراه مختلف في صحته: هناك قول يذهب إلى عدم قبوله، وقول ثان يذهب إلى قبوله، وقول ثالث يميز بين ما إذا عيَّن المقر ما اعترف به من قتل أو سرقة أو نحو ذلك فيقبل إقراره وما إذا لم يعين شيئاً من ذلك فلا يقبل إقراره. جاء في **«الحطاب»** (٥/ ٢١٦ ـ ٢١٧): «شرط صحة الإقرار ألا يكون بإكراه. وأما المحبوس والمتهدد فاختلف في أخذه بإقراره، واضطرب المذهب في إقراره بعد الحبس والتهديد، هل يقبل جملة، أو لا يقبل جملة، أو الفرق فيقبل إذا عيَّن ما اعترف به من قتل وسرقة أو لا يقبل إذا لم يعين: ثلاثة أقوال ا هـ. وقال الدماميني في شرح البخاري في قوله: «زملوني» فزملوه حتى ذهب عنه الروع: وعن الإمام مالك أن المذعور لا يلزمه ما صدر منه في حال ذعره من بيع وإقرار وغيره»[1].

وقد يتحقق الإكراه في الفقه الإسلامي عن طريق الشوكة والنفوذ الأدبي. والأصل أن مجرد الشوكة والنفوذ الأدبي لا يكون إكراهاً، وذلك ما قررناه أيضاً في الفقه الغربي. فالشوكة التي للزوج على زوجته، وما تنطوي عليه من احتمال أن يطلقها أو يتزوج عليها، ليست في ذاتها إكراهاً. جاء في **«الخانية»** (٣/ ٤٨٧): «وإن أكره الزوج امرأته وهددها بالطلاق أو بالتزوج عليها أو بالتسري لا يكون إكراهاً». ولكن إذا استغل الزوج هذه الشوكة للوصول إلى غرض غير مشروع، وبخاصة إذا قرن ذلك بتخويف وتهديد، كان هذا إكراهاً وأفسد التصرف الصادر من الزوجة. جاء في **«الدر المختار»** (٥/ ١٣٤ ـ ١٣٥): «خوفها الزوج بالضرب حتى وهبته مهرها، لم تصح الهبة إن قدر الزوج على الضرب، وإن هددها بطلاق أو تزوج عليها أو تسر، فليس بإكراه، **«خانية»**، وفي **«مجمع الفتاوى»** منع امرأته المريضة عن المسير إلى أبويها إلا أن تهبه مهرها، فوهبته بعض المهر؛ فالهبة باطلة، لأنها كالمكرَه. قلت: ويؤخذ منه جواب حادثة الفتوى، وهي زوج بنته البكر من رجل، فلما أرادت الزفاف منعها الأب إلا أن يشهد عليها أنها استوفت منه ميراث أمها، فأقرت،

---

(١) وفي مذهب الشافعي اضطراب يقرب من اضطراب مذهب مالك. جاء في **«نهاية المحتاج»** للرملي (٥/ ٧٢): «أما مكره على الصدق، كأن ضرب ليصدق في قضية اتهم فيها، فيصح حال الضرب وبعده، ويلزمه ما أقر به لأنه غير مكره، إذ المكره من أكره على شيء واحد، وهذا إنما ضرب ليصدق، ولم ينحصر الصدق في الإقرار، لكن يكره إلزامه حتى يرجع ويقر ثانياً. واستشكل المصنف قبول إقراره حال الضرب بأنه قريب من المكره وإن لم يكن مكرهاً وعلله بما مر. ثم قال: وقبول إقراره بعد الضرب فيه نظر إن غلب على ظنه إعادة الضرب إن لم يقر، وقال الأذرعي: «الصواب فيما لو ضرب ليقر بالحق، ويراد بذلك الإقرار بما ادعاه خصمه، أنه إكراه سواء أقر في حال الضرب أم بعده وعلم أنه لو لم يقر بذلك لضرب ثانياً. وما ذكره ظاهر جلي».

ثم أذن لها بالزفاف، فلا يصح إقرارها لكونها في معنى المكرَهة. وبه أفتى أبو السعود مفتي الروم». وجاء في **«ابن عابدين»** (٥/ ١٣٤ ـ ١٣٥) تعقيباً على ما تقدم: «قوله فليس بإكراه... لأن كل فعل من هذه الأفعال (أي الطلاق أو التزوج عليها أو التسري) جائز شرعاً، والأفعال الشرعية لا توصف بالإكراه. قلت: نعم، ولكن يدخل عليها غمًّا يفسد صبرها، ويظهر عذرها، وقد مر أن البيع ونحوه يفسد بما يوجب غمًّا يعدم الرضا، ويدل عليه ما يذكره بعده، فإن منع المريضة عن أبويها ومنه البكر عن الزفاف لا يغمها أكثر من هذه الأفعال. ولكن لا مدخل للعقل مع النقل. هذا وقدمنا أن ظاهر قولهم: الزوج سلطان زوجته أنه يكفي فيه مجرد الأمر حيث كانت تخشى منه الأذى. قوله وبه أفتى أبو السعود. وكذلك الرملي وغيره ونظمه في فتاواه... ثم قال: وأنت تعلم أن البيع والشراء والإجارة كالإقرار والهبة، وأن كل من يقدر على المنع من الأولياء كالأب للعلة الشاملة. فليس قيداً، وكذلك البكارة ليست قيداً، كما هو مشاهد في ديارنا من أخذ مهورهن كرهاً عليهن حتى من ابن ابن العم وإن بعد، وإن منعت أضر بها أو قتلها». وقد ورد هذا الحكم في **«مرشد الحيران»**، وفي الفقرة الثانية من المادة (٢٩٤)، على الوجه الآتي: «الزوج ذو شوكة على زوجته فمن أكره زوجته بالضرب، أو منعها عن أهلها، لتهب له مهرها، فوهبته له وهي خائفة، فلا تصلح الهبة، ولا تبرأ ذمته من المهر».

رهبة تحمل على التعاقد:

ويشترط في الفقه الإسلامي، كما يشترط في الفقه الغربي، أن يبعث الإكراه رهبة في نفس المتعاقد تحمله على التعاقد. ويلجأ الفقه الإسلامي في ذلك إلى معيارين، أحدهما مادي والآخر نفسي. أما المعيار المادي فهو أن يكون المكرِه بالوسيلة التي اختارها للإكراه قادراً على تحقيق ما أوعد به، فيستند الإكراه بذلك إلى ركن من الواقع يجعل دعوى من وقع عليه الإكراه دعوى معقولة قائمة على أساس. وأما المعيار النفسي فهو أن يقع في أكثر ظن من وقع عليه الإكراه وقوع ما هدد به، وهذه هي الرهبة التي تنبعث في نفسه فتحمله على التعاقد.

وقد جاء في **«المبسوط»** (٢٤/ ٣٩) في هذا المعنى: «ثم في الإكراه يعتبر معنى في المكرِه، ومعنى في المكرَه، ومعنى فيما أكره عليه، ومعنى فيما أكره به. فالمعتبر في المكرِه تمكنه من إيقاع ما هدده به، فإذا لم يكن متمكناً من ذلك فإكراهه هذيان. وفي المكرَه المعتبر أن يصير خائفاً على نفسه من جهة المكرِه في إيقاع من هدده به عاجلاً، لأنه لا يصير ملجأ محمولاً طبعاً إلا بذلك. وفيما أكره به بأن يكون متلفاً أو مزمناً أو متلفاً عضواً أو موجباً غمًّا ينعدم الرضا باعتباره. وفيما أكره عليه أن يكون المكرَه ممتنعاً منه قبل الإكراه، إما لحقه أو لحق آدمي آخر أو لحق الشرع»[1]. وجاء فيه أيضاً (٥٠ ـ ٥١): «ألا ترى أنك لو رأيت رجلاً ينقب عليك دارك من خارج، أو دخل عليك ليلاً من الثقب بالسيف، وخفت إن أنذرته يضربك، وكان على أكثر رأيك ذلك، وسعك أن تقتله قبل أن تعلمه إذا خفت أن يسبقك إن أعلمته، وفي هذا إتلاف نفس. ثم

(١) انظر أيضاً **«فتح الغفار»** (٣/ ١١٩ ـ ١٢٠).

أجاز الاعتماد على غالب الرأي لتعذر الوقوف على حقيقته». وجاء في «البدائع» (٧/ ١٧٦): «وأما شرائط الإكراه فنوعان: نوع يرجع إلى المكرِه، ونوع يرجع إلى المكرَه. أما الذي يرجع إلى المكرِه فهو أن يكون قادراً على تحقيق ما أوعد، لأن الضرورة لا تتحقق إلا عند القدرة. . . وأما النوع الذي يرجع إلى المكرَه فهو أن يقع في غالب رأيه وأكثر ظنه أنه لو لم يجب إلى ما دعي إليه تحقق ما أوعد به، لأن غالب الرأي حجة، خصوصاً عند تعذر الوصول إلى اليقين، حتى إنه لو كان في أكثر رأي المكرَه أن المكرِه لا يحقق ما أوعده لا يثبت حكم الإكراه شرعاً وإن وجدت صورة الإيعاد لأن الضرورة لم تتحقق. ومثله لو أمره بفعل ولم يوعده عليه، ولكن في أكثر رأي المكرَه أنه لو لم يفعل تحقق ما أوعد، يثبت حكم الإكراه لتحقق الضرورة. ولهذا أنه لو كان في أكثر رأيه أنه لو امتنع عن تناول الميتة وصبر إلى أن يلحقه الجوع المهلك لأزيل عنه الإكراه، لا يباح له أن يعجل بتناولها. وإن كان في أكثر رأيه أنه وإن صبر إلى تلك الحالة لما أزيل عنه الإكراه، يباح أن يتناولها للحال. دل أن العبرة لغالب الرأي وأكثر الظن دون صورة الإيعاد».
ونصت المجلة على هذه الأحكام، فجاء في المادة (١٠٠٣): «يشترط أن يكون المجبر مقتدراً على إيقاع تهديده، فلا عبرة من ثم لإكراه من لم يكن قادراً على إيقاع تهديده وإجرائه». وجاء في المادة (١٠٠٤): «يشترط خوف المكرَه من وقوع المكرِه به، يعني يشترط حصول ظن غالب عند المكرَه بإجراء المكرِه به إن لم يفعل المكره عليه». وكذلك نصت على هذه الأحكام المادة (٢٨٩) من «مرشد الحيران» على الوجه الآتي: «يشترط لاعتبار الإكراه المعدم للرضا أن يكون المكرِه قادراً على إيقاع ما هدد به، وأن يخاف المكرَه وقوع ما صار تهديده به في الحال بأن يغلب على ظنه وقوع المكره به إن لم يفعل الأمر المكرَه عليه. فإن كان المجبر غير قادر على إيقاع ما هدد به، فلا يكون الإكراه معتبراً».

ويختلف الإكراه في الفقه الإسلامي، كما يختلف في الفقه الغربي، باختلاف أحوال الناس من سن وجنس وقوة وضعف ومنصب وجاه وما إلى ذلك. جاء في «المبسوط» (٢٤/ ٥١ ـ ٥٢): «والحد في الحبس الذي هو إكراه في هذا ما يجيء منه الاغتمام البين، وفي الضرب الذي هو إكراه ما يجد منه الألم الشديد. وليس في ذلك حد لا يزاد عليه ولا ينقص عنه، لأن نصب المقادير بالرأي لا يكون. ولكن ذلك على قدر ما يرى الحاكم إذا رفع ذلك إليه، فما رأى أنه إكراه أبطل الإقرار به. لأن ذلك يختلف باختلاف أحوال الناس. فالوجيه الذي يضع الحبس من جاهه، تأثير الحبس والقيد يوماً في حقه فوق تأثير حبس شهر في حق غيره. فلهذا لم نقدر فيه بشيء، وجعلناه موكولاً إلى رأي القاضي، ليبني ذلك على حال من ابتلي به». وجاء في «الدر المختار» (٥/ ١٢٣): «والثالث كون الشيء المكرَه به متلفاً نفساً أو عضواً أو موجباً غمّاً يعدم الرضا وهذا أدنى مراتبه. وهو يختلف باختلاف الأشخاص، فإن الأشراف يغمون بكلام خشن، والأراذل ربما لا يغمون إلا بالضرب المبرح. . . فلو أكره بقتل أو ضرب شديد متلف، لا بسوط أو سوطين. . . أو حبس أو قيد مديدين بخلاف حبس يوم أو قيده أو ضرب غير شديد إلا لذي جاه. . .» ويقول ابن عابدين (٥/ ١٢٣) تعقيباً على ذلك: «قوله إلا لذي جاه: لأن ضرره أشد من ضرر الضرب الشديد، فيفوت به الرضا، «زيلعي». وفي «مختارات النوازل» أو لذي ضعف». وجاء في «الهداية»

تكملة «**فتح القدير**» (٧/ ٢٩٤)): «بخلاف ما إذا أكره بضرب سوط أو حبس يوم أو قيد يوم، لأنه لا يبالي به بالنظر إلى العادة. فلا يتحقق به الإكراه، إلا إذا كان الرجل صاحب منصب يعلم أنه يستضربه لفوات الرضا». وقد ورد هذا المعنى في المادة (٢٨٨) من «**مرشد الحيران**» على الوجه الآتي: «يختلف الإكراه، باختلاف أحوال الأشخاص، وسنهم، وضعفهم، ومناصبهم؛ وجاههم؛ ودرجة تأثرهم وتألمهم من الحبس والضرب كثرة وقلة وشدة وضعفاً». وكما يتوقف الإكراه على حالة الشخص، يتوقف كذلك على الظروف الملابسة من مكان وزمان. جاء في «**الخانية**» (٣/ ٤٨٧): «وعند أبي حنيفة رحمه الله تعالى يتحقق الإكراه من غير السلطان في المفاوز والقرى ليلاً أو نهاراً، وفي المصر يتحقق في الليل ولا يتحقق في النهار».

الجهة التي صدر منها الإكراه:

ويقع الإكراه عادة من أحد المتعاقدين على الآخر. ولكنه قد يقع من الغير أو تهيأ ظروفه مصادفة فيستغلها أحد المتعاقدين ضد الآخر.

فإذا وقع الإكراه من الغير، مستوفياً لشروطه، كان مفسداً للتصرف كالإكراه الواقع من أحد المتعاقدين، وتحلق به الإجازة كذلك. جاء في «**الخانية**» (٣/ ٤٨٥ ـ ٤٨٦): «ولو أكره السلطان رجلاً على الشراء والقبض ودفع الثمن والبائع غير مكرَه، فلما اشترى المكرَه وقبضه أعتقه أو دبره... كان إجازة للشراء... ولو كان البائع مكرهاً والمشتري غير مكره، لا يصح إعتاق المشتري قبل القبض ويصح بعد القبض، فإن أجاز البائع بعد ما أعتقه المشتري ينفذ البيع ولا ينفذ العتق قبل القبض. ولو كان البائع والمشتري جميعاً مكرهين، فإن أجاز البيع بغير إكراه جاز، وإن أجاز أحدهما بطل خياره ويبقى خيار الآخر. ولو أكره على بيع جاريته ولم يسم أحداً، فباعها من إنسان، كان فاسداً. ولو أكره على البيع، فوهب، جاز: ولو أكره على هبة جاريته لعبد الله، فوهبها لعبد الله وزيد، جازت الهبة في حصة زيد وبطلت في حصة عبد الله... ولو أكره على أن يبرىء الغريم من الدين، ففعل، لا يصح الإبراء. ولو أكره على أن يخرج الكفيل بالنفس أو بالمال من الكفالة، لا يصح ذلك، لأن هذا مما يتعلق بالرضا... ولو أكره الشفيع على أن يسكت عن طلب الشفعة، فسكت، لا تبطل شفعته».

ويبدو أن الفقه الإسلامي لا يشترط أن يكون المتعاقد الآخر متواطئاً مع الغير الذي وقع منه الإكراه أو عالماً بما وقع من الإكراه أو مستطيعاً أو يعلمه، بل إن مذهب مالك يعتد بالإكراه حتى لو تهيأ مصادفة، ولا يشترط في الاعتداد به أن يكون المتعاقد الآخر عالماً بالإكراه. وهذا ما يسمّى ببيع المضغوط. فعند مالك الإكراه يكون على البيع نفسه، أو على دفع مال ظلماً، فيضطر المكرَه أن يبيع متاعه لدفع هذا المال، فلا يكون هذا البيع لازماً حتى لو لم يكن المشتري عالماً بالإكراه الواقع على البائع... جاء في «**الحطاب**» (٤/٢٤٨ ـ ٢٥٠): «إذا كان شرط لزوم البيع التكليف ممن أجبر عليه، أي على البيع، جبراً حراماً، إما بأن يكره على البيع نفسه، أو يكره على دفع مال ظلماً فيبيع متاعه لذلك، وكالذمي يضغط فيما يتعدى عليه به من جزية أو غيرها، فلا يلزمه، لانتفاء شرط لزومه الذي هو التكليف... وقال البرازلي: سئل ابن أبي زيد عن المضغوط ما هو،

فقال: هو من أضغط في بيع ربعه أو شيء بعينه أو في مال يؤخذ منه فباع لذلك ا هـ. وظاهر كلام ابن رشد أن التسمية بمسألة المضغوط خاص بما إذا أكره على دفع المال فباع لذلك... فنص ابن القاسم عن مالك على أنه يأخذ متاعه بلا ثمن. وأفتى اللخمي أن بيعه ماض، وهو قول السيوري، ورأى أن من اشترى منه ليخلص من العذاب مأجور. واعلم أن من أكره على البيع لا يلزمه البيع بإجماع... وأما من أكره على دفع مال فباع لذلك، ففيه خلاف: مذهب ابن القاسم وروايته عن مالك أنه لا يلزمه... وقال ابن كنانة بيعه لازم... وقد علمت أن المذهب لا فرق بين الإكراه على البيع أو على دفع مال فيبيع لذلك... إذا أكره على دفع مال ظلماً فباع متاعه لذلك، فيرد إليه متاعه بلا ثمن، حتى يتحقق أن المضغوط صرف الثمن في مصالحه. وأما إذا أكره على البيع فقط، فله إجازة البيع ورده، فإن رد البيع رد الثمن الذي أخذه إلا أن تقوم بينة على تلفه... وقال في «**البيان**»: وسواء علم المشتري أنه مضغوط أو لم يعلم، قال ذلك ابن القاسم في «**المبسوط**» عن مالك، وسواء وصل الثمن من المبتاع إلى المضغوط فدفعه المضغوط إلى الظالم أو جهل هل دفعه إليه أو أدخله في منافعه أو كان الظالم هو الذي تولى قبضه من المبتاع للمضغوط، في ذلك كله أن يأخذ ماله من المشتري أو ممن اشتراه من المشتري بغير ثمن، ويرجع المشتري الثاني على المشتري من المضغوط، والمشتري من المضغوط على الظالم، إلا أن يعلم أن البائع أدخل الثمن في منافعه ولم يدفعه إلى الظالم فلا يكون له إلى ذلك سبيل حتى يدفع الثمن إلى المشتري... وذهب سحنون إلى أنه إذا كان المضغوط هو البائع القابض للثمن، فلا سبيل له إلى ما باع إلا بعد غرم الثمن، وحكاه عن مالك. وقال ابن كنانة بيعه لازم غير مفسوخ عنه، وهو أجير يؤجر به عليه، ولزومه إياه لأنه أنقذه فما كان فيه من العذاب... ونقله في «**التوضيح**»، ونصه: ولو باع متاعه في مظلمة ثم لا يدري هل وصل الثمن إلى الظالم أم لا، نظر، فإن كان ظلمه له وعداؤه عليه معلوماً حتى باع متاعه، فيحمل على أنه وصل للظالم، حتى يتحقق أن المضغوط صرفه في مصالحه فلا يصل حينئذ إلى متاعه إلا بدفع الثمن، وسواء علم المبتاع بأن ما اشتراه للمضغوط أو لم يعلم. قيل لمطرف إنهم يخرجون عندنا من غير كبل، يقفون لبيع متاعهم، فإذا أمسوا ردوا إلى السجن قد وكل بهم حراس أو أخذ عليهم حميل، والمشتري لا يعلم أو يعلم، ومنهم من هو في كبل وعذاب، ومنهم هارب قد أخذ متاعه يباع قد أمر بعض أهله ببيعه. قال كل هذا سواء وهو إكراه، لا يبالي بعلم المبتاع أو جهله، إلا أن من علم مأثوم. وقاله ابن عبد الحكيم وأصبغ، قالوا وسواء كان عنده عين فتركها وباع خشية أن يزاد عليه أو لم يكن ا هـ. ونقله ابن عرفة، ولفظه: وسواء أخرج المضغوط للبيع مكبولاً، أو موكلاً به حراس، أو أخذ عليه حميل، أو كان مسرحاً دون حميل إلا أنه إن هرب خالفه الظالم إلى منزله بالأخذ والمعرة في أهله، كان له مال عين غير ما باعه أو لم يكن، ولي البيع أو وكل عليه ا هـ. وقال قبله: ويتبع المشتري بثمنه الظالم، دفعه له هو أو البائع ا هـ... قال في «**التوضيح**»: ومن كان عالماً بحال المضغوط فاشترى شيئاً من متاعه، فهو ضامن كالغاصب. وأما من لم يعلم فيشتري في السوق، فلا يضمن الدور والحيوان، ويضمن ما انتفع به بأكل أو لبس، والغلة له، وأما الظالم فلا غلة له وهو ضامن لها ا هـ».

وجاء في «**المواق**» (٤/ ٢٤٩). «ومن أكره على إعطاء مال ظلماً، فبيعه لذلك بيع مكرَه.

ولرب المبيع أخذه بلا ثمن إن كان المشتري عالماً بضغطه، وإلا فبالثمن. وروى مطرق يتبع المشتري بثمنه الظالم دفعه هو له أو البائع، ولو قبضه وكيل الظالم تبع أيهما شاء. قال مطرف فإن قال الوكيل ما فعلته إلا خوفاً من الظالم لم يعذر، لقوله ﷺ: «لا طاعة لمخلوق في معصية الخالق». وكذا كل ما أقر بفعله ظلماً من قتل أو قطع أو جلد أو أخذ مال وهو يخاف إن لم يفعله نزل به مثل ذلك، فإن فعله لزمه القصاص والغرم. ابن عرفة: هذا ونحوه من نصوص المذهب مما يبين لك حال بعض القضاة في تقويمهم من يعرفون جرحته شرعاً للشهادة بين الناس في الدماء والفروج. يعتذرون بالخوف من موليهم القضاء، مع أنهم فيما رأيت لا يخافون منه إلا عرسه عن القضاء». وجاء في **«الدسوقي»** (٣/ ٦): «وقد اعتمد بعضهم أن الإكراه على سبب البيع كالإكراه على البيع في أن البائع إنما يرد المبيع إذا رد الثمن للمشتري. والحاصل أن الإكراه على سبب البيع فيه أقوال ثلاثة. قيل: إنه لازم، وبه العمل بفاس ونواحيها. وقيل: إنه غير لازم: وعليه إذا رد المبيع فهل يرد بالثمن وهو المعتمد، أو بلا ثمن وهو ما مشى عليه المصنف. وبقي قول رابع لسحنون، وحاصله أن المضغوط إن كان قبض الثمن، رد المبيع بالثمن وإلا فلا يغرمه». وجاء في **«الجرشي»** (٥/ ١٠): «أن المكرَه على سبب البيع، وهو المال، إذا قدر على خلاص شيئه الذي باعه، فإنه يأخذه ممن هو بيده بلا غرم ثمنه، ويرجع المشتري على الظالم أو وكيله، وسواء علم المشتري بأنه مكره أم لا، والمشتري منه كالمشتري من الغاصب في العلم وعدمه». وجاء في **«التسولي»** (٢/ ٧٦): «فالبيع إن وقع على وجه الضغط المذكور، سواء باع المضغوط بنفسه أو وكل عليه، مردود على بائعه، بإجماع فيما إذا أكره على نفس البيع... وأما إن أكره على سبب البيع، كما إذا أكره على إعطاء مال ظلماً فباع أمتعته لذلك، فالمشهور أنه مردود أيضاً. ويأخذ البائع شيئه بلا ثمن... يدفعه للمشتري، وظاهره أنه يأخذه بلا ثمن ولو لم يعلم المشتري بالضغط... إلا أن العالم آثم كالغاصب، وعليه الضمان مطلقاً، ولا غلة له ولغيره الغلة، ولا يضمن العقار، ويضمن ما أكل أو لبس، ويبطل عتقه ووقفه اهـ. خلافاً لما لابن رشد في نوازله من أنه إنما يأخذه دون ثمن إن علم المشتري بالضغط، وإلا فلا يأخذه إلا بالثمن. وظاهره أيضاً أنه إنما يأخذه دون ثمن علم أن الظالم أو وكيله قبضه من المضغوط أو من المشتري أو جهل هل دفعه المشتري للظالم أو لوكيله أو لرب المتاع، أو هل دفعه المضغوط للظالم أو بقي عنده، وهل صرفه في مصالحه أو لا، وهو كذلك في الجميع. ووجهه أنه لما ثبت أصل الضغط، حمل على أخذ الظالم له عند الجهل. اللهم إلا إن علم ببينة أو إقرار أنه صرفه في مصالح نفسه أو أتلفه عمداً أو خطأ فإنه يأخذ بالثمن حينئذٍ».

ويتبين من هذه النصوص أن مذهب مالك يعتد بالإكراه، حتى لو تهيأ مصادفة بأن كان الإكراه على سبب التصرف لا على التصرف نفسه، فلم يكن للمتعاقد الآخر غير المكرَه يد في وقوع الإكراه بل لم يكن يعلم به، على ما مر. والمذهب على هذا الوجه ينبذ الإكراه إلى مدى بعيد، ويعتد بالإرادة الحقيقية حتى لو أهدر في سبيلها استقرار التعامل.

وقد رأينا أن المذهب الحنفي يقف موقفاً معتدلاً في هذه المسألة، فيعتد بالإرادة الحقيقية دون أن يهدر استقرار التعامل. فبيع المضطر وشراؤه فاسد، على ما رأينا في **«ابن عابدين»** (٤/

١٤٦، ٥/ ١٣٤). ولكن لو صادر السلطان شخصاً، ولم يعين بيع ماله، فباع، كان البيع صحيحاً، وفي هذه رعاية كافية لاستقرار التعامل. فإذا كان المشتري عالماً بالإكراه واستغله إلى حد أن اشترى المال بغبن فاحش، كان البيع فاسداً للإكراه، وفي هذا احترام كاف للإرادة الحقيقية.

حكم الإكراه:

يميز الفقه الإسلامي بين الإكراه في التصرفات الفعلية، أي في الوقائع المادية، ويشترط أن يكون إكراهاً ملجئاً على ما قدمنا، وبين الإكراه في التصرفات القولية، أي في التصرفات القانونية، ويعتد فيها بالإكراه ولو كان غير ملجيء.

والإكراه في التصرفات الفعلية تندمج فيه، كما سبق القول، نظريات مختلفة كنظرية الضرورة ونظرية الدفاع الشرعي ونظرية السبب الأجنبي، ونظرية العمل غير المشروع، ولا شأن لنا بذلك هنا، ونحن نتكلم في الإكراه كعيب في الإرادة في صدد التصرفات القانونية. ونقتصر على الإشارة إلى أن الصناعة الفقهية، في الفقه الإسلامي، نظرت إلى الإكراه الملجيء في التصرفات الفعلية، واعتبرته، لا على أنه قد نقل الفعل ممن وقع عليه الإكراه إلى المكرِه فأصبح هذا مسؤولاً عنه، بل على أن من وقع عليه الإكراه قد صار كالآلة في يد المكرِه فأصبح فعل الأول منسوباً إلى الثاني. وهذا بخلاف الإكراه في التصرفات القولية، وفي هذا المعنى يقول **«المبسوط»** (٢٤/ ٣٩): «وزعم بعض مشايخنا رحمهم الله أن أثر الإكراه التام (الملجيء) في الأفعال في نقل الفعل من المكرَه إلى المكره. وهذا ليس بصحيح. فإنه لا يتصور نقل الفعل الموجود من شخص إلى غيره. والمسائل تشهد بخلاف هذا أيضاً، فإن البالغ إذا أكره صبيًا على القتل يجب القود على المكرِه، وهذا الفعل في محله غير موجب للقود، فلا يصير موجباً بانتقاله إلى محل آخر. ولكن الأصح أن تأثير الإكراه في جعل المكرَه آلة للمكره، فيصير الفعل منسوباً إلى المكرِه بهذا الطريق. وجعل المكرَه آلة لا باعتبار أن بالإكراه ينعدم الاختيار منه أصلاً ولكن لأنه يفسد اختياره به لتحقق الإلجاء. فالمرء مجبول على حب حياته، وذا يحمله على الإقدام على ما أكره عليه، فيفسد به اختياره من هذا الوجه، والفاسد في معارضة الصحيح كالمعدوم. فيصير الفعل منسوباً إلى المكره لوجود الاختيار منه، والمكرَه يصير كالآلة للمكره لانعدام اختياره حكماً في معارضة الاختيار الصحيح. ولهذا اقتصر على ما يصلح أن يكون آلة له فيه، دون ما لا يصلح كالتصرفات قولاً، فإنه لا يتصور تكلم المرء بلسان غيره. وتأثير الإكراه في هذه التصرفات في انعدام الرضا من المكرَه بحكم الشبه، وشبهه بعض أصحابنا رحمهم الله بالهزل، فإن الهزل عدم الرضا بحكم السبب مع وجود القصد والاختيار في نفس السبب، فالإكراه كذلك، إلا أن الهازل غير محمول على التكلم، والمكرَه محمول على ذلك، وبذلك لا ينعدم اختياره كما بينا. وشبهه بعضهم باشتراط الخيار، فإن شرط الخيار يعدم الرضا بحكم السبب دون نفس السبب».

فإذا وقفنا عند حكم الإكراه في التصرفات القولية: وجب أن نقسم هذه التصرفات إلى قسمين: إنشاء وإقرار. والإنشاء نوعان: نوع لا يحتمل الفسخ كالزواج والطلاق والعتاق والنذر واليمين، ونوع يحتمل الفسخ كالبيع والهبة والإجارة.

فأما الإنشاء الذي لا يحتمل الفسخ، فهو جائز مع الإكراه في المذهب الحنفي. جاء في

«المبسوط» (٢٤/ ٤١ ـ ٤٢) في هذا المعنى: «... إن رجلاً خرج مع امرأته إلى الجبل ليمتار العسل، فلما تدلى من الجبل بحبل وضعت السكين على الحبل، فقالت: لتطلقني ثلاثاً أو لأقطعنه، فطلقها ثلاثاً. ثم جاء إلى رسول الله ﷺ ليستفتي، فقال عليه الصلاة والسلام: «لا قيلولة في الطلاق». وأمضى طلاقه. وذكر نظير هذا من عمرو بن شرحبيل رضي الله عنه أن امرأة كانت مبغضة لزوجها، فراودته على الطلاق فأبى، فلما رأته نائماً قامت إلى سيفه فأخذته ثم وضعته على بطنه، ثم حركته برجلها. فلما استيقظ، قالت له: والله لأنفذنك به أو لتطلقني ثلاثاً، فطلقها. فأتى عمر بن الخطاب رضي الله عنه فاستغاث به، فشتمها وقال لها: ويحك ما حملك على ما صنعت، فقالت: بغضي إياه، فأمضى طلاقه... وعن عمر رضي الله عنه قال: أربع واجبات على من تكلم بهن: الطلاق والعتاق والنكاح والنذر، يعني النذر المرسل إذ اليمين بالنذر يمين. وبه نأخذ، فنقول هذا كله جائز لازم، إن كان جادًا فيه أو هازلاً، أكره أو لم يكره... وأيد هذا كله حديث أبي هريرة رضي الله عنه أن رسول الله ﷺ قال: «ثلاث جدهن جد وهزلهن، جد، الطلاق والرجعة والنكاح...» ثم لما لم يمتنع الوقوع مع وجود ما يضاد الجد، فلأن لا يمتنع الوقوع بسبب الإكراه أولى، لأن الإكراه لا يضاد الجد فإنه أكيد على الجد وأجاب إلى ذلك، وإنما ضد الإكراه الرضا، فيثبت بطريق البينة لزوم هذه التصرفات مع الإكراه، لأنه لما لم يمتنع لزومها بما هو ضد الجد، فلأن لا يمتنع لزومها مع جد أقدم عليه عن إكراه أولى». ولا يجوز الإنشاء مع الإكراه عند الشافعي. ورد في «البدائع» (٧/ ١٨٢): «وعند الشافعي رحمه الله لا تجوز. واحتج بما روي عن رسول الله ﷺ أنه قال: «رفع عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه». فلزم أن يكون حكم كل ما استكره عليه عفواً. ولأن القصد إلى ما وضع له التصرف شرط جوازه. ولهذا لا يصح تصرف الصبي والمجنون، وهذا الشرط يفوت بالإكراه، لأن المكره لا يقصد بالتصرف ما وضع له، وإنما يقصد دفع مضرة السيف عن نفسه». وهذا هو أيضاً مذهب مالك ومذهب أحمد، ولا يقول بالجواز إلا الحنفية. وقد ثار ابن القيم ومن قبله ابن حزم، على من يقول بالجواز. فقال ابن القيم، في «أعلام الموقعين» (٤/ ٤٣): «المخرج الثالث أن يكون مكرهاً على الطلاق أو الحلف به عند جمهور الأمة من الصحابة والتابعين ومن بعدهم. وهو قول أحمد ومالك والشافعي وجميع أصحابهم على اختلاف بينهم في حقيقة الإكراه وشروطه. قال الإمام أحمد في رواية أبي طالب: يمين المستكره إذا ضرب، ابن عمر وابن الزبير لم يرياه شيئاً. وقال في رواية أبي الحرث إذا طلق المكره لم يلزمه الطلاق... وقال الشافعي رضي الله عنه قال الله عز وجل: «إلا من أكره وقلبه مطمئن بالإيمان»، وللكفر أحكام، فلما وضعها الله تعالى عنه سقطت أحكام الإكراه عن القول كله، لأن الأعظم إذا سقط عن الناس سقط ما هو أصغر منه... وقال ابن أبي شيبة ثنا عبد الله بن أبي طلحة عن أبي يزيد المديني عن ابن عباس قال: ليس على المكرَه ولا المضطهد طلاق... ثنا وكيع عن الأوزاعي عن رجل عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه أنه لم يره شيئاً. قلت: قد اختلف على عمر: فقال إسماعيل ابن أبي أويس... إن رجلاً تدلى يشتار عسلاً في زمن عمر رضي الله عنه، فجاءته امرأته فوقفت على الحبل، فحلفت لتقطعنه أو فلتطلقني ثلاثاً، فذكرها الله والإسلام، فأبت إلا ذلك، فطلقها ثلاثاً. فلما ظهر أتى عمر فذكر له ما كان منها إليه ومنه إليها،

فقال: ارجع إلى أهلك فليس هذا بطلاق. تابعه عبد الرحمٰن بن مهدي عن عبد الملك وهو المشهور عن عمر. وقال أبو عبيد حدثني يزيد عن عبد الملك بن قدادة عن أبيه عن عمر بهذا، لكنه قال: فرفع إلى عمر فأبانها منه. قال أبو عبيد: وقد روى عن عمر خلافه، ولم يصح عن أحد من الصحابة تنفيذ طلاق المكره سوى هذا الأثر عن عمر، وقد اختلف فيه عنه، والمشهور أنه ردها إليه، ولو صح إبانتها منه لم يكن صريحاً في الوقوع، بل لعله رأي من المصلحة التفريق بينهما وأنهما لا يتصافيان بعد ذلك فألزمه بإبانتها». وقال ابن حزم في «**المحلى**» (٨/ ٣٣٢): «ومن طريق ثابت الأعرج قال: سألت كل فقيه بالمدينة عن طلاق المكره، فقالوا: ليس بشيء. ثم أتيت ابن الزبير وابن عمر فردا عليّ امرأتي، وكان قد أكره على طلاقها ثلاثاً. وصح هذا أيضاً عن جابر بن زيد والحسن وعطاء وطاووس وشريح وعمر بن عبد العزيز، وهو قول مالك والأوزاعي والشافعي وأحمد وأبي سليمان وجميع أصحابهم... واحتج المجيزون لذلك بعموم قوله تعالى: «فإن طلقها فلا تحل له من بعد»: قال أبو محمد، وهذا تمويه منهم لأن الله تعالى الذي قال: هذا هو الذي قال: «ولكن يؤاخذكم بما كسبت قلوبكم»، والمكرَه لم يطلق قط، وإنما قيل له: قل هي طالق ثلاثاً، فحكى قول المكرِه له فقط: والعجب من تخليطهم وقلة حيائهم، يحتجون بعموم هذه الآية في إجازة طلاق المكرَه ثم لا يجيزون بيع المكرَه والله تعالى يقول: ﴿وَأَحَلَّ ٱللَّهُ ٱلْبَيْعَ وَحَرَّمَ ٱلرِّبَوٰاْ﴾ [البقرة: ٢٧٥]! فإن قالوا: البيع لا يكون إلا عن تراض، قلنا: «والطلاق لا يكون إلا عن رضا من المطلق ونية له بالنصوص التي قدمنا. ثم قد خالفوا هذا العموم ولم يجيزوا طلاق الصبي ولا طلاق النائم».

وأما الإنشاء الذي يحتمل الفسخ كالبيع والإجارة، فالإكراه فيه يفسد التصرف عند أبي حنيفة وصاحبيه، ويجعله موقوفاً عند زفر. ويتخفف مالك فيجعل تصرف المكره غير لازم، ويتشدد الشافعي فيجعله باطلاً[1].

ونبدأ بالمذهب الحنفي، وفيه خلاف، كما رأينا بين الأئمة الثلاثة وزفر. فزفر يرى بيع المكره موقوفاً لأن الرضا شرط البيع، وقد فات الرضا بالإكراه، فأصبح البيع موقوفاً على إجازة المكره كبيع الفضولي. أما الأئمة الثلاثة فيرون أن بيع المكره فاسد، لأن ركن البيع وهو المبادلة

---

(١) والظاهر عند الجعفرية عدم صحة التصرفات بالإكراه. قال كاشف الغطاء (٣/ ١٥٦): «الإكراه الملجيء هو الحمل على الفعل بغير قصد من الفاعل، كما لو أوجر الماء في حلق الصائم أو أركب إنسان غيره بأن رفعه ووضعه على الدابة وهكذا. والقسم الثاني هو الذي يصدر فيه الفعل بإرادة الفاعل ولكن انبعاث الإرادة والقصد وقعا دفعاً للضرر وخوفاً من التهديد والوعيد بالضرب الشديد أو غيره بإتلاف نفس أو قطع عضو أو أخذ مال أو هتك عرض أو حبس ونحو ذلك... فالملجيء يسلب الإرادة والرضا، وغير المجلىء يسلب الرضا وطيب النفس دون الإرادة. ولكن الظاهر تساويهما في أكثر الأحكام، وقد يختلف نادراً. ففي مثل الصوم لو أوجر في حلقه لا قضاء عليه ولا كفارة، ولكن لو أكره بالإكراه الغير الملجيء كان عليه القضاء دون الكفارة. أما في مثل الطلاق والبيع وسائر المعاملات، فالظاهر عدم الصحة بالإكراه مطلقاً».
وتقسيم الإكراه عند الجعفرية إلى ملجيء وغير مجلىء هو كتقسيم الإكراه في الفقه الغربي إلى إكراه معدم للإرادة وإكراه مفسد لها. غير أن الجعفرية يجعلون الإكراه غير الملجيء كالإكراه الملجيء، يبطل التصرفات.

صدر من أهل للبيع في محل قابل له، فأفاد الملك عند التسليم كما في سائر البياعات الفاسدة. ولا فرق سوى أن المفسد هناك لمكان الجهالة أو الربا أو غير ذلك، وهنا الفساد لعدم الرضا طبعاً فكان الرضا طبعاً شرط الصحة لا شرط الحكم، وانعدام شرط الصحة لا يوجب انعدام الحكم كما في سائر البياعات الفاسدة، إلا أن سائر البياعات الفاسدة لا تلحقها الإجازة، لأن فسادها لحق الشرع من حرمة الربا ونحو ذلك فلا يزول برضا العبد، وههنا الفساد لحق العبد وهو عدم رضاه فيزول بإجازته ورضاه (انظر في ذلك **«البدائع»** (٧/ ١٨٦)). ويفارق بيع المكرَه البيع الفاسد أيضاً من وجه ثان، ففي البيع الفاسد يزول الفساد إذا باع المشتري المبيع من ثالث، أما في بيع المكرَه فلا يزول الفساد وللبائع المكرَه أن يسترد العين ولو تداولتها الأيدي. ويفارقه من وجه ثالث: إذا قبض المشتري غير المكرَه المبيع لزم البيع من جانبه فلا يستطيع الفسخ، أما في البيع الفاسد فيستطيع المشتري الفسخ ولو قبض المبيع (انظر في الفروق ما بين بيع المكرَه والبيع الفاسد **«ابن عابدين»** (٥/ ١٢٥)). وظاهر أن هذه الفروق الثلاثة بين بيع المكره والبيع الفاسد مما يدعم ما ذهب إليه زفر من أن بيع المكره موقوف لا فاسد، فإنها فروق تقرب بيع المكرَه من البيع الموقوف وتبعده عن البيع الفاسد.

ومالك لا يذهب في تصرف المكره إلى حد الفساد أو التوقف، بل يقتصر على جعله غير لازم، فيكون للعاقد المكرَه الخيار بين فسخ العقد أو إمضائه. جاء في **«الشرح الكبير»** للدردير (**«الدسوقي»** ٣/ ٦): «وأما لو أكره على البيع فقط فله رد البيع ويجب رد الثمن الذي أخذه إلا لبينة على تلفه بلا تفريط منه». ويقول الدسوقي معقباً على ما تقدم: «قوله: إلا لبينة... تشهد بتلفه من البائع بلا تفريط منه، أي فلا يلزمه رد الثمن حينئذ. وظاهره أن البائع إذا ادعى التلف من غير تفريط، ولم يكن له بينة بذلك، لم يصدق، وهو قول. وقيل: إنه يصدق بيمين كالمودع». وجاء في **«التسولي»** (٢/ ٧٦): «فالبيع إن وقع على وجه الضغط المذكور، سواء باع المضغوط بنفسه أو وكل عليه مردود على بائعه، بإجماع فيما إذا أكره على نفس البيع. ويرد الثمن للمشتري، إلا أن تقوم البينة على تلفه عند البائع بغير سببه، فإن لم تقم البينة بذلك، بل ادعاه البائع فقط، ففي تصديقه قولان لسحنون. ويظهر رجحان الأول، لأن الثمن لم يقبضه البائع لحق نفسه إذ هو غير راضٍ به، فهو عنده كالأمانة فيصدق في تلفها بغير سببه» والمزية الملحوظة في مذهب مالك أنه يسوي ما بين عيوب الإرادة الثلاثة ـ الغلط والتدليس والإكراه ـ من حيث الجزاء. فكل من هذه العيوب يفسد الإرادة دون أن يعدمها، أو كما يقول الفقه الإسلامي يعدم الرضا دون الاختيار، ومن ثم كان جزاؤها واحداً، وهو جعل التصرف غير لازم، فيثبت لمن فسدت إرادته الخيار في فسخ العقد أو إمضائه.

والشافعي، على النقيض من مالك، يذهب في الإكراه مدى أبعد من التوقف أو الفساد. فتصرفات المكره عنده باطلة. يستوي في ذلك التصرفات التي تحتمل الفسخ كالبيع والإيجار والتصرفات التي لا تحتمل الفسخ كالزواج والطلاق، وقد أسلفنا الإشارة إلى ذلك. وعند الشافعي إذا انعدم الرضا ـ والإكراه يعدم الرضا كما قدمنا ـ فلا عبرة بالاختيار بل إن الإكراه يضاد الاختيار الصحيح المعتبر شرعاً. ولا ينعقد التصرف إلا بكلام يصدر عن قصد واختيار معتبر شرعاً.

ويعرض «المبسوط» (٢٤/٥٦ ـ ٥٩) حجج الشافعية في هذا الصدد عرضاً حسناً، ثم يعارضها بحجج الحنفية فيقول: «وقال الشافعي تصرفات المكره قولاً يكون لغواً إذا كان الإكراه بغير حق، بمنزلة تصرفات الصبي والمجنون، ويستوي إن كان الإكراه بحبس أو قتل». وحجته في ذلك قوله تعالى: ﴿لَآ إِكۡرَاهَ فِي ٱلدِّينِۖ﴾ [البقرة: ٢٥٦]، والمراد نفي الحكم لما يكره عليه المرء في الدين. قال عليه الصلاة والسلام: «رفع عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه»، فهذا يدل على أن ما يكره عليه يكون مرفوعاً عنه حكمه وإثمه وعينه إلا بدليل... إن انعقاد التصرفات شرعاً بكلام يصدر عن قصد واختيار معتبر شرعاً، ولهذا لا ينعقد شيء من ذلك بكلام الصبي والمجنون والنائم. وليس للمكره اختيار صحيح معتبر شرعاً فيما تكلم به، بل هو مكره عليه، والإكراه يضاد الاختيار، فوجب اعتبار هذا الإكراه في انعدام اختياره به لكونه إكراهاً بالباطل ولكونه معذوراً في ذلك، فإذا لم يبق له قصد معتبراً شرعاً التحق بالمجنون... ولا يدخل فيه السكران فإنه غير معذور شرعاً، فهو في المعنى كالمكرَه بحق، فيكون قصده واختياره معتبراً شرعاً، ولهذا نفذ منه جميع التصرفات. ولهذا صح إقراره بالطلاق هناك، ولا يصح هنا إقراره بالطلاق بالاتفاق، فكذلك إنشاؤه. وهذا بخلاف الهازل، لأنه قاصد إلى التكلم بالطلاق مختار له، فإن باب الهزل واسع، فلما اختار عند الهزل التكلم بالطلاق من بين سائر الكلمات، عرفنا أنه مختار للفظ وإن لم يكن مريداً لحكمه. فأما المكرَه فغير مختار في التكلم بالطلاق هنا، لأنه لا يحصل له النجاة إذا تكلم بشيء آخر... ولأن سبب الإكراه محافظة قدر المالك على المكره، حتى قلتم في الإكراه على العتق يضمن القيمة للمكره، وكما تجب محافظة قدر ملكه عليه، تجب محافظة عين ملكه عليه، ولا طريق لذلك سوى أن يجعل الفعل عدماً في جانب المكرَه، ويجعل هو آلة للمكره، وإذا صار آلة له، امتنع وقوع الطلاق والعتاق، ولا معنى لقولكم: إنه في التكلم لا يصلح آلة، فإنكم جعلتموه آلة حيث أوجبتم ضمان القيمة على المكرِه في العتاق وضمان نصف الصداق على المكرِه في الطلاق قبل الدخول. ثم إن لم يمكن أن يجعل آلة حتى يصير الفعل موجوداً من المكره، يجعل آلة حتى ينعدم الفعل في جانب المكرَه... وحجتنا في ذلك (أي حجة الحنفية) أنه تصرف من أهله في محله فلا يلغى كما لو كان طائعاً، وبيانه أن هذا التصرف كلام، والأصل للكلام يكون مميزاً ومخاطباً، وبالإكراه لا ينعدم ذلك... وهذا لأن الخطاب ينبني على اعتدال الحال، وذلك تختلف فيه أحوال الناس، فأقام الشرع البلوغ عن عقل مقام اعتدال الحال في توجه الخطاب واعتبار كلامه شرعاً تيسيراً للأمر على الناس. وبسبب الإكراه لا ينعدم هذا المعنى، والسبب الظاهر متى قام مقام المعنى الخفي دار الحكم معه وجوداً وعدماً. وبيان المحلية أنه ملكه، ولو لم يكن مكرهاً لكان تصرفه مصادفاً محله. وليس للطواعية تأثير في جعل ما ليس بمحل محلاً. فعرفنا أن التصرف صادف محله، إلا أن بسبب الإكراه ينعدم الرضا منه بحكم السبب، ولا ينعدم أصل القصد والاختيار، لأن المكره عرف الشرين فاختار أهونهما، وهذا دليل حسن اختياره، فكيف يكون مفسداً لاختياره؟. وهو قاصد إليه أيضاً لأنه قصد دفع الشر عن نفسه... وما لا يتوصل إلى المقصود إلا به يكون مقصوداً. فعرفنا أنه قاصد مختار، ولكن لا لعينه بل لدفع الشر عنه، فيكون بمنزلة الهازل من حيث إنه قاصد إلى التكلم مختار له لا لحكمه بل لغيره وهو الهزل... وقد بينا

أن حال المكره في اعتبار كلامه فوق حال الهازل، لأن الحكم للجد من الكلام، والهزل ضد الجد، والمكرَه يتكلم الجد لأنه يجيب إلى ما دعي إليه، ولكنه غير راض بحكمه. . . ثم إن وجب محافظة قدر الملك على المكره، فذلك لا يدل على أنه يجب محافظة عين الملك عليه، كما لو أعتق أحد الشريكين نصيبه من العبد وهو موسر، فإنه يجب محافظة قدر الملك على الساكت بإيجاب الضمان له على المعتق، ولا يجب محافظة عين ملكه بإبطال عتق المعتق. وهذا لأنه مكره على شيئين، التكلم بالعتاق والإتلاف، وهو في التكلم لا يصلح آلة للمكره، لأن تكلمه بلسان الغير لا يتحقق، وفي الإتلاف يصلح آلة له، فجعلنا الإتلاف مضافاً إلى المكره، فأوجبنا الضمان عليه».

بقي من التصرفات الإقرار، وهذا لا فرق فيه بين ما إذا كان المقر به محتملاً للفسخ أو لم يكن، والإكراه يمنع من صحته في الحالتين عند الجميع. جاء في «**الحطاب**» (٥/ ٢١٦): «قال القرطبي في «**شرح مسلم**» في آخر باب الديات: «شرط صحة الإقرار ألا يكون بإكراه». وجاء في «**نهاية المحتاج**» للرملي (٥/ ٧١ ـ ٧٢): ولا يصح إقرار مكره بما أكره عليه بغير حق، لقوله تعالى: «إلا من أكره وقلبه مطمئن بالإيمان». جعل الإكراه مسقطاً لحكم الكفر، فبالأولى ما سواه، كأن ضرب ليقر. وجاء في «**البدائع**» (٧/ ١٨٩ ـ ١٩٠): «فأما إذا كان (الإكراه) على الإقرار فيمنع صحة الإقرار، سواء كان المقر به محتملاً للفسخ أو لم يكن. لأن الإقرار إخبار، وصحة الإخبار عن الماضي بوجود المخبر به سابقاً على الإخبار، والمخبر به ههنا يحتمل الوجود والعدم. وإنما يترجح جنبة الوجود على جنبة العدم بالصدق، وحال الإكراه لا يدل على الصدق، لأن الإنسان لا يتحرج عن الكذب حالة الإكراه، فلا يثبت الرجحان»[١].

---

(١) ونقل هنا نصوص التقنين المدني العراقي في الإكراه. وهي توفق بين أحكام الفقه الإسلامي وأحكام الفقه الغربي، كما نقلناها في الغلط وفي التدليس:

م(١١٢): ١ ـ الإكراه هو إجبار الشخص بغير حق على أن يعمل عملاً دون رضاه. ٢ ـ ويكون الإكراه ملجئاً إذا كان تهديداً بخطر جسيم محدق كإتلاف نفس أو عضو أو ضرب مبرح أو إيذاء شديد أو إتلاف خطير في المال. ويكون غير ملجيء إذا كان تهديداً بما هو دون ذلك كالحبس والضرب على حسب أحوال الناس. ٣ ـ والتهديد بإيقاع ضرر بالوالدين أو الزوج أو ذي رحم محرم، والتهديد بخطر يخدش الشرف، يعتبر إكراهاً، ويكون ملجئاً أو غير ملجيء بحسب الأحوال.

م (١١٣): يجب لاعتبار الإكراه أن يكون المكره قادراً على إيقاع تهديده، وأن يخاف الكره وقوع ما صار تهديده به بأن يغلب على ظنه وقوع المكره به إن لم يفعل الأمر المكره عليه.

م (١١٤): يختلف الإكراه باختلاف أحوال الأشخاص وسنهم وضعفهم ومناصبهم ومراكزهم الاجتماعية ودرجة تأثرهم وتألمهم من الحبس والضرب كثرة وقلة وشدة وضعفاً.

م(١١٥): من أكره إكراهاً معتبراً بأحد نوعي الإكراه على إبرام عقد، لا ينفذ عقده.

م(١١٦): الزوج ذو شوكة على زوجته، فإذا أكرهها بالضرب مثلاً، أو منعها عن أهلها، لتهب له مهرها، فوهبته له، لا تنفذ الهبة، ولا تبرأ ذمته من المهر.

محتوى الجزء الثاني

المبحث الثاني

ثانياً: عدم تغير المحل ما بين الإيجاب والقبول

المطلب الثاني

التعاقد بين الغائبين

المطلب الثاني

حالات خاصة في إبرام العقد

١ ـ عقد المزاد

٢ ـ عقد الإذعان

٣ ـ العربون

الفرع الثاني

صحة التراضي

المبحث الأول

الغلط

تمهيد

١ ـ الغلط في الفقه الغربي

٢ ـ الغلط في الفقه الإسلامي

المطلب الأول

الغلط في الشيء

١ ـ الغلط الجوهري

(أ) الغلط المانع

(ب) فوات الوصف المرغوب فيه

٢ ـ التنازع ما بين استقرار التعامل

واحترام الإرادة الحقيقية

(أ) عدم الاعتداد بالغلط لأن العاقد لم يكشف عن إرادته

ولم تكن هذه الإرادة مكشوفة

(ب) الاعتداد بالغلط لأن الغلط كشف عن إرادته أو كانت هذه الإرادة مكشوفة

المبحث الثاني

التدليس

المطلب الأول

التدليس في الفقه الغربي

المطلب الثاني

التدليس أو التغرير في الفقه الإسلامي

المبحث الثالث

الإكراه

المطلب الأول

الإكراه في الفقه الغربي

المطلب الثاني

الإكراه في الفقه الإسلامي

مصادر الحق
في
الفقه الإسلامي

دراسة مقارنة بالفقه الغربي

الجزء الثالث

محل العقد

ألقاها

الدكتور عبد الرزاق السَّنهوري

(توفي عام ١٩٧١ م)

(على طلبة قسم الدراسات القانونية)

١٩٥٣ ـ ١٩٥٤

طبعة جديدة منقحة مصححة بتصحيح

مكتب التحقيق بدار إحياء التراث العربي

دار إحياء التراث العربي   مؤسسة التاريخ العربي

بيروت ـ لبنان

الطبعة الأولى

DAR EHIA AL-TOURATH AL-ARABI Publishing & Distributing	دار إحياء التراث العربي للطباعة والنشر والتوزيع .

بيروت ـ لبنان ـ شارع دكاش ـ هاتف: ٢٧٢٦٥٢ ـ ٢٧٢٦٥٥ ـ ٢٧٢٧٨٢ ـ ٢٧٢٧٨٣ فاكس: ٨٥٠٧١٧ ـ ٨٥٠٦٢٣ ص.ب: ١١/٧٩٥٧

Beyrouth - Liban - Rue Dakkache - Tel. 272652 - 272655 - 272782 - 272783 Fax: 850717 - 850623 P.O.Box; 7957/11

تعريف المحل وشروطه

محل الالتزام هو الشيء الذي يلتزم المدين القيام به. ونرى من ذلك أن المحل ركن في الالتزام لا في العقد. ولكن أهميته لا تظهر إلاّ في الالتزام الذي ينشأ من العقد. فإن محل الالتزام غير التعاقدي يتولى القانون تعيينه، فليس ثمة احتمال أن يكون غير مستوف للشروط، أما محل الالتزام التعاقدي، فإن المتعاقدين هما اللذان يقومان بتعيينه، فوجب أن يراعيا استيفاءه للشروط التي يتطلبها القانون. ومن ثم فالمحل يذكر عادة مقترناً بالعقد.

ويشترط الفقه الغربي في محل الالتزام التعاقدي شروطاً ثلاثة:

أولاً: أن يكون موجوداً إذا كان شيئاً، أو ممكناً إذا كان عملاً أو امتناعاً عن عمل.

ثانياً: أن يكون معيناً أو قابلاً للتعيين.

ثالثاً: أن يكون صالحاً للتعامل فيه.

فنستعرض هذه الشروط الثلاثة، في الفقه الغربي وفي الفقه الإسلامي.

الفرع الأول
المحل موجود أو ممكن
المبحث الأول
وجود المحل أو إمكانه في الفقه الغربي
المطلب الأول
المحل موجود

معنى الوجود:

يجب أن يكون محل الالتزام التعاقدي ـ إذا كان الالتزام التزاماً بنقل حق عيني يتعلق بشيء معين ـ موجوداً، أي يجب أن يكون الشيء الذي يتعلق به الحق العيني موجوداً وقت نشوء الالتزام. وهنا يجب التمييز بين فرضين: فإما أن يكون المتعاقدان قد قصدا أن يتعاقدا على شيء موجود حالاً، وإما أن يكونا قد قصدا التعاقد على شيء إن لم يكن موجوداً حالاً فهو ممكن الوجود في المستقبل.

التعامل في محل موجود حالاً:

ففي الفرض الأول، إذا قصد المتعاقدان التعامل في محل موجود حالاً، ولم يكن الشيء موجوداً فعلاً وقت التعاقد، فإن العقد يكون باطلاً، حتى لو أمكن وجود الشيء في المستقبل.

فإذا باع شخص من آخر نتاج حيوان على أنه موجود فعلاً، وتبين بعد ذلك أن النتاج لم يولد، فالبيع باطل لأن الشيء غير موجود، ولا يصح العقد حتى لو ولد النتاج بعد التعاقد، ويكون العقد باطلاً كذلك لو كان النتاج قد ولد ونفق قبل التعاقد، إذ أنه لا يكون وقت التعاقد موجوداً. أما إذا كان النتاج قد ولد وبقي حياً إلى وقت التعاقد، ثم نفق بعد ذلك، فإن العقد ينعقد صحيحاً على شيء موجود، ولكنه ينفسخ لاستحالة تنفيذ البائع لالتزامه من تسليم المبيع للمشتري.

التعامل في محل مستقبل:

وفي الفرض الثاني، إذا قصد المتعاقدان التعامل في شيء إن لم يكن موجوداً حالاً فهو ممكن الوجود في المستقبل، لا يشترط أن يكون الشيء موجوداً فعلاً وقت التعاقد، بل ينعقد العقد صحيحاً حتى لو لم يكن الشيء موجوداً ما دام أنه ممكن الوجود في المستقبل.

ففي المثل المتقدم إذا لم يقصد المتعاقدان التعامل في نتاج موجود فعلاً، يصح العقد حتى لو لم يكن النتاج قد ولد وقت التعاقد، ما دام أنه يولد بعد ذلك ومن ثم يجوز بيع المحصولات المستقبلة قبل أن تنبت بثمن مقدر جزافاً أو بسعر الوحدة، ويجوز أن يبيع شخص من آخر منزلاً لم يبدأ بناءه على أن تنتقل ملكية المنزل إلى المشتري عند تمام البناء، وكثيراً ما يقع أن يبيع صاحب

مصنع قدراً معيناً من مصنوعاته دون أن يكون قد أتم صنعه، وأن يبيع مؤلف مؤلفه قبل أن يتمه بل قبل أن يبدأه، وأن ينزل مقاول عن الأجر في مقاولة لم ترس عليه بعد، فهذه كلها عقود واقعة على شيء مستقبل وهي صحيحة.

والشيء المستقبل الذي يصلح أن يكون محلاً للتعامل قد يكون محقق الوجود في المستقبل، كما في بيع المحصولات المستقبلة والمصنوعات التي لا يتم صنعها. وقد يكون محتمل الوجود، كما في بيع النتاج الذي لم يولد فهو بيع صحيح معلق على شرط واقف هو أن يولد النتاج، وكما في النزول عن الأجر في مقاولة لم ترس على المقاول بعد فهو أيضاً عقد معلق على شرط واقف هو أن ترسو المقاولة على المقاول.

بل قد يكون العقد واقعاً على شيء مستقبل محتمل الوجود دون أن يكون معلقاً على شرط وجوده. فيكون العقد احتمالياً أو عقد غرر (contrat aléatoire) كما في بيع النتاج الذي لم يولد بيعاً منجزاً فيصح البيع ولد النتاج أو لم يولد، وكما في بيع صائد السمك لرمية الشبكة فيصح البيع أخرجت الشبكة سمكاً أو لم تخرج وأياً كان مقدار السمك الذي أخرجته، ويراعى ذلك طبعاً في تقدير الثمن.

التعامل في تركة مستقبلة:

ويستثنى من جواز التعامل في الشيء المستقبل التعامل في التركة المستقبلة، فإنه يكون باطلاً. وقد نصت المادة ١٣١ من التقنين المدني المصري على ما يأتي:

١ - «يجوز أن يكون محل الالتزام شيئاً مستقبلاً».

٢ - غير أن التعامل في تركة إنسان على قيد الحياة باطل ولو كان برضاه، إلاّ في الأحوال التي نص عليها القانون»[1].

ويصعد تحريم التعامل في تركة مستقبلة إلى القانون الروماني. فقد كان هذا القانون يعد التعامل في التركات المستقبلة أمراً مخالفاً للآداب، لأن من يتعامل في تركة شخص لا يزال حياً إنما يضارب على موته. ويعده كذلك مخالفاً للنظام العام، إذ هو خليق أن يغري ذا المصلحة أن

---

(١) انظر أيضاً المادة ١٣٢ من التقنين المدني السوري والمادة ١٣١ من التقنين المدني الليبي وهما مطابقتان للمادة ١٣١ من التقنين المدني المصري، ونصت المادة ١٢٩ من التقنين المدني العراقي على ما يأتي:

١ - يجوز أن يكون محل الالتزام معدوماً وقت التعاقد إذا كان ممكن الحصول في المستقبل، وعين تعييناً نافياً للجهالة والغرر.

٢ - غير أن التعامل في تركة إنسان على قيد الحياة باطل ونصت المادة ١٨٨ من تقنين الموجبات والعقود اللبناني على ما يأتي: «عدم وجود الموضوع (المحل) يستلزم انتفاء وجود العقد. ومع ذلك لا يجوز أن يكون الموضوع شيئاً مستقبلاً. ولكن لا يجوز التنازل عن إرث غير مستحق، ولا إنشاء أي عقد على هذا الإرث أو على شيء من أشيائه ولو رضي المورث، وإلاّ كان المحل باطلاً أصلاً».

يعجل بموت المورث. ونرى من ذلك أن القانون الروماني إنما حرم التعامل في التركة المستقبلة رعاية لحق المورث، ومن ثم كان هذا التعامل يصح لو اشترك المورث في العقد أو أجازه. أما القوانين الحديثة فتحرم التعامل في التركة المستقبلة لمصلحة المورث والوارث معاً، إذ الوارث الذي يتعامل في تركة مستقبلة يغلب أن يكون نزقاً طائشاً، لا يكتفي بتبديد ما بيده من مال، بل هو يبدد مقدماً ما عسى أن يصل إلى يده منه في المستقبل، فجزاء التحريم في القوانين الحديثة هو البطلان المطلق، ولا يصح التعامل حتى لو رضي به المورث.

والتعامل المحرم هو الذي يقع على تركة مستقبلة في مجموعها، أو على جزء من هذا المجموع، أو على مال معين ينظر فيه إلى أنه يدخل ضمن أموال التركة. ويستوي أن تأتي التركة من طريق الميراث أو من طريق الوصية، فكما لا يجوز للوارث أن يتعامل في نصيبه في تركة مستقبلة كذلك لا يجوز للموصى له أن يتعامل قبل موت الموصي فيما أوصى له به.

أما الطرف الذي يقع منه التعامل، فقد يكون هو الوارث يبيع من أجنبي نصيبه في التركة المستقبلة. وقد يقع التعامل بين وارث ووارث آخر يتفقان على قسمة ما سيقع في نصيب كل منهما من الميراث، أو أن يبيع أحدهما نصيبه من الآخر. وقد يكون التعامل بين المورث نفسه ووارث أو أجنبي. كأن يتفق المورث مع الوارث على إعطائه نصيباً من التركة أكبر أو أقل من نصيبه الشرعي، أو يتفق مع أجنبي على إعطائه نصيباً من التركة يأخذ بعد موته. فالمورث لا يستطيع أن يفعل هذا أو ذاك إلاّ عن طريق الوصية، وهي تختلف عن هذا الضرب من التعامل في أنها يجوز الرجوع فيها إلى موت الموصي، وفي أنها لا تجوز إلاّ في حدود الثلث. والحكمة في تحريم التعامل على المورث نفسه ترجع إلى أن أحكام الميراث والوصية من النظام العام، فإذا أبحنا للمورث التعامل في تركته المستقبلة استطاع أن يحيد عن هذه الأحكام.

وكل ضرب من ضروب التعامل في التركة المستقبلة محرم كما قدمنا، فلا يجوز للوارث أن يبيع ميراثه المستقبل، أو يهبه، أو يقسمه، أو يقايض به، أو يقدمه نصيباً في شركة، أو يصالح عليه، أو ينزل عنه بإرادته المنفردة، بل هو لا يستطيع أن يؤجره، أو أن يجري عليه أي نوع من أنواع التعامل، إلاّ ما أجازه القانون بنص صريح وذلك كالوصية وقسمة المورث.

المطلب الثاني

المحل ممكن

الإمكان يقابل الوجود:

كما أنه يشترط في الشيء محل الالتزام بنقل حق عيني أن يكون موجوداً على النحو الذي قدمناه، كذلك يشترط في الالتزام بعمل أو بالامتناع عن عمل أن يكون محل الالتزام ممكناً. والإمكان هنا يقابل الوجود هناك. فإذا كان العمل أو الامتناع عن العمل مستحيلاً، فإن العقد يكون باطلاً، لأنه لا التزام بمستحيل وقد نصت المادة ١٣٢ من التقنين المدني المصري على أنه «إذا كان

محل الالتزام مستحيلاً في ذاته، كان العقد باطلاً»[١].

الاستحالة المطلقة والاستحالة النسبية:

ويتبين من المادة ١٣٢ سالفة الذكر أن محل الالتزام يجب أن يكون مستحيلاً في ذاته حتى يكون العقد باطلاً. وهذه هي الاستحالة المطلقة. أما إذا كان الالتزام مستحيلاً بالنسبة إلى الملتزم وحده. فهذه استحالة نسبية لا تجعل العقد باطلاً، ولكن تجعله قابلاً للفسخ. فقد يلتزم شخص في مقابل جعل معين أن يقوم بعمل فني لا يستطيع تأديته، ولكن العمل الفني في ذاته يمكن لفنان آخر أن يقوم به، فيكون العقد صحيحاً، ولكن لما كان المدين لا يستطيع القيام بالتزامه، فإن للدائن الحق في مطالبته بتعويض، وله أيضاً أن يطلب فسخ العقد. ومثل الاستحالة النسبية أيضاً أن يلتزم شخص في مقابل جعل معين أن يجتاز المانش سباحة، أو أن يجد علاجاً لبعض الأمراض المستعصية كأمراض القلب والسل والسرطان، ويكون الملتزم ممن لا يستطيعون ذلك.

فالذي يجعل العقد باطلاً هو الاستحالة المطلقة، فيكون الالتزام مستحيلاً في موضوعه، لا بالنسبة إلى شخص معين سواء كان هذا الشخص هو الملتزم أو كان شخصاً غيره. والاستحالة المطلقة هي استحالة موضوعية بالنسبة إلى جميع الناس، لا استحالة شخصية بالنسبة إلى بعض دون بعض. وهي تجعل العقد باطلاً إذا كانت قائمة وقت التعاقد، فإن وجدت بعد التعاقد، فإن العقد ينعقد صحيحاً ثم يكون بعد ذلك قابلاً للفسخ. ومثل الاستحالة المطلقة أن يتعهد شخص أن يجتاز المحيط سباحة، أو أن يجد علاجاً يمنع الموت.

ويستخلص مما تقدم أن الاستحالة النسبية لا تجعل العقد باطلاً، سواء أكانت الاستحالة سابقة على وجود العقد أم كانت لاحقة له، وإنما تجعله في الحالتين قابلاً للفسخ، أما الاستحالة المطلقة، فإن كانت سابقة على وجود التعهد فإنها تجعل العقد باطلاً، وإن كانت لاحقة جعلته قابلاً للفسخ.

الاستحالة الطبيعية والاستحالة القانونية:

وقد ترجع الاستحالة المطلقة، لا إلى طبائع الأشياء. بل إلى سبب في القانون، كما إذا تعهد محام برفع استئناف عن حكم بعد انقضاء الميعاد القانوني، أو نقض في قضية لا يجوز فيها

---

(١) انظر أيضاً المادة ١٣٣ من التقنين المدني السوري والمادة ١٣٢ من التقنين المدني الليبي، وهما مطابقتان للمادة ١٣٢ من التقنين المدني المصري. ونصت المادة ١٢٧ من التقنين المدني العراقي على ما يأتي:

١ ـ إذا كان محل الالتزام مستحيلاً استحالة مطلقة، كان العقد باطلاً.

٢ ـ أما إذا كان مستحيلاً على المدين، دون أن تكون الاستحالة في ذاتها مطلقة، صح العقد وألزم المدين بالتعويض لعدم وفائه بتعهده». ونصت المادة ١٩١ من تقنين الموجبات والعقود اللبناني على ما يأتي: «باطل كل عقد يوجب شيئاً أو فعلاً مستحيلاً إذا كانت تلك الاستحالة مطلقة لا يمكن تذليلها أما الاستحالة التي لا تكون إلاّ من جهة المديون فلا تحول دون صحة العقد. والموجب الذي لم ينفذ يتحول حينئذٍ إلى بدل عطل وضرر».

النقض، فإذا قامت الاستحالة القانونية قبل التعاقد، كان العقد باطلاً، أما إذا قامت بعد التعاقد فإن العقد يكون قد انعقد صحيحاً ولكنه يكون قابلاً للفسخ بسبب هذه الاستحالة. وينبني على ذلك أن تعهد المحامي برفع الاستئناف، إذا كان قد صدر بعد انتهاء الميعاد الذي يقبل فيه الاستئناف، فإن العقد يكون باطلاً. أما إذا كان قد صدر قبل الميعاد، ولكن المحامي ترك الميعاد ينقضي دون أن يرفع الاستئناف، وأصبح رفعه مستحيلاً، فإن العقد ينعقد صحيحاً، ثم ينفسخ، ويكون المحامي مسؤولاً عن التعويض.

المبحث الثاني

وجود المحل أو إمكانه في الفقه الإسلامي

المطلب الأول

المحل موجود

يشترط وجود المحل فعلاً وقت التعاقد:

يشترط في الفقه الإسلامي أن يكون المحل موجوداً فعلاً وقت التعاقد. فإن لم يكون موجوداً فالعقد باطل، حتى لو كان المحل محتمل الوجود، بل حتى لو كان محقق الوجود في المستقبل.

جاء في «البدائع» (٥/١٣٨ ـ ١٣٩) في هذا الصدد ما يأتي:

«وأما الذي يرجع إلى المعقود عليه فأنواع: منها أن يكون موجوداً، فلا ينعقد بيع المعدوم وماله خطر العدم، كبيع نتاج النتاج بأن قال بعت ولد ولد هذه الناقة وكذا بيع الحمل، لأنه إن باع الولد فهو بيع المعدوم وإن باع الحمل فله خطر المعدوم. وكذا بيع اللبن في الضرع، لأن له خطر المعدوم لاحتمال انتفاخ الضرع. وكذا بيع الثمر والزرع قبل ظهوره لأنهما معدوم، وإن كان بعد الطلوع جاز وإن كان قبل بدو صلاحهما إذا لم يشترط الترك. . . وما يوجد من الزرع بعضه بعد بعض كالبطيخ والباذنجان فيجوز بيع ما ظهر منه ولا يجوز بيع ما لم يظهر، وهذا قول عامة العلماء رضي الله عنهم. وقال مالك رحمه الله إذا ظهر فيه الخارج الأول يجوز بيعه. . ولا يجوز بيع الدقيق في الحنطة والزيت في الزيتون والدهن في السمسم والعصير في العنب والسمن في اللبن. . وكذا بيع البزر في البطيخ الصحيح لأنه بمنزلة الزيت في الزيتون، وبيع النوى في التمر، وكذلك بيع اللحم في الشاة الحية لأنها إنما تصير لحماً بالذبح والسلخ فكان بيع المعدوم فلا ينعقد. وكذا بيع الشحم الذي فيها وأليتها وأكارعها ورأسها، لما قلنا. وكذا بيعه البحير في السمسم، لأنه إنما يصير بحيراً بعد العصر».

السبب في هذا التشدد هو خشية الغرر:

ويبدو أن الفقه الإسلامي يجعل بيع المعدوم باطلاً على هذا النحو البالغ من التشدد. إمعاناً في الخشية من الغرر. وهناك أمور ثلاثة يعتبرها الفقه الإسلامي غير مشروعة. ويمعن في تجنبها، وهي الغرر والربا وتعدد الصفقة في العقد الواحد. وسترى أن كل أمر من هذه الأمور الثلاثة أثر

تأثيراً عميقاً في المسائل والأحكام التفصيلية، بحيث ابتعد الفقه الإسلامي في كثير منها عما تقتضيه ضرورات التعامل. ولو أمكن التبسط في فهم هذه الأمور الثلاثة بما يساير تطور الحضارة، لزال كثير من الأسباب التي تقف بالفقه الإسلامي عن أن يتمشى مع مقتضيات التطور.

التمييز بين فروض مختلفة:

ونحن هنا ـ في بيع المعدوم ـ نواجه أول هذه الأمور الثلاثة، وهو الغرر. فلننظر كيف كان الفقهاء حذرين من تسرب هذا العنصر إلى التعامل. فهم يشترطون أن يكون المبيع موجوداً وقت البيع، لأنه إذا لم يكن موجوداً ـ حتى لو وجد في المستقبل ـ دخل عنصر الغرر، وهم يحرصون على تجنبه. ويحسن من هذه الناحية أن نميز بين فروض خمسة:

١ ـ الشيء بأكمله موجود وقت التعاقد.

٢ ـ الشيء في أصله موجود وقت التعاقد ثم يتكامل بعده.

٣ ـ الشيء غير موجود أصلاً وقت التعاقد ولكنه محقق الوجود في المستقبل.

٤ ـ الشيء غير موجود أصلاً وقت التعاقد أو موجود في أصله وهو غير محقق الوجود في المستقبل.

٥ ـ الشيء غير موجود أصلاً وقت التعاقد وهو لن يوجد في المستقبل، أي أن انعدام الشيء محقق وقت التعاقد وبعده.

من هذه الفروض الخمسة يوجد فرضان ـ الأول والأخير ـ ينتفي فيهما عنصر الغرر بتاتاً. فالشيء الموجود بأكمله وقت التعاقد يصح التعاقد عليه، ما في ذلك شك لا في الفقه الغربي ولا في الفقه الإسلامي. والشيء غير الموجود أصلاً وقت التعاقد وبعده يكون التعاقد عليه باطلاً، ما في ذلك شك أيضاً لا في الفقه الغربي ولا في الفقه الإسلامي.

بقيت الفروض الثلاثة الأخرى، نتناولها الآن فرضاً فرضاً. لنرى إلى أي مدى يدخل فيها عنصر الغرر.

١ ـ الشيء في أصله موجود وقت التعاقد ثم يتكامل بعده

عنصر الغرر يكاد يكون منتفياً ومن ثم فالتعامل جائز:

الأمثلة التي يغلب في هذا الفرض ورودها في النصوص هي بيع الثمر والزرع بعد الطلوع وقبل بدو الصلاح، وبيع ما يوجد من الزرع بعضه بعد بعض كالبطيخ والباذنجان. وهنا عنصر الغرر يكاد يكون منتفياً، فالثمر أو الزرع قد طلع فعلاً وسيبدو صلاحه، والزرع قد وجد بعضه فعلاً وسيتلو بعض آخر. ومن ثم فإن الرأي المفتى به في المذهب الحنفي يقول بجواز بيع الثمر والزرع بعد الطلوع ولو قبل بدو الصلاح على تفصيل سنذكره، ويذهب مالك إلى جواز بيع ما يوجد من الزرع بعضه بعد بعض.

على أن النصوص الفقهية تشتمل على كثير من الأحكام التفصيلية في هذه المسألة نورد هنا

بعضاً منها.

بيع الثمر والزرع بعد الطلوع وقبل بدو الصلاح جائز:

يمكن القول بوجه عام إن الفقه الإسلامي يجيز بيع الثمر والزرع بعد الطلوع ولو قبل بدو الصلاح، على تفصيل نورد في شأنه بعض النصوص.

جاء في **«المبسوط»** (١٢/ ١٩٤ ـ ١٩٧): «وشراء الثمار قبل أن تصير منتفعاً بها لا يجوز، لأنه إذا كان بحيث لا يصلح لتناول بني آدم أو علف الدواب فهو ليس بمال متقوم. فإن صار منتفعاً به، ولكن لم يبد صلاحه بعد بأن كان لا يأمن العاهة والفساد عليه[1]. فاشتراه بشرط القطع، يجوز. وإن اشتراه بشرط الترك، لا يجوز. وإن اشتراه مطلقاً، يجوز عندنا، لأن مطلق العقد يقتضي تسليم المعقود عليه في الحال، فهو وشرط القطع سواء. وعند الشافعي لا يجوز، لنهي النبي ﷺ عن بيع الثمار حتى يبدو صلاحها، أو قال حتى يزهى، أو قال حتى تؤمن العاهة. وتأويله عندنا في البيع بشرط الترك، بدليل قوله أرأيت لو أذهب الله تعالى الثمرة بم يستحل أحدكم مال أخيه المسلم. وإنما يتوهم هذا إذا اشترى بشرط الترك إلى أن يبدو صلاحها. . . فأما إذا تناهى عظم الثمار وصار بحيث لا يزداد ذلك ولكن لم ينضج، فإن اشتراه بشرط القطع أو مطلقاً يجوز، وإن اشتراه بشرط الترك ففي القياس العقد فاسد، وهو قول أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله لما قلنا، وجوز محمد العقد في هذا الفصل استحساناً لأنه شرط متعارف ومدة الترك يسيرة، وقد يتحمل اليسير فيما لا يتحمل في الكثير، مع أنه لا يؤخذ للزيادة من ملك البائع بعد هذا، ولكن الشمس تنضجه بتقدير الله، ويأخذ اللون من القمر بتقدير الله، والطعم من الكواكب بتقدير الله، فلم يبق فيه إلاَّ عمل الشمس والمقر والكواكب، فلهذا قال محمد أستحسن أن أجوزه، بخلاف ما قبل أن يتناهى عظمه».

ويرى من هذا النص أن هناك تفصيلاً في جواز بيع الثمر والزرع بعد الطلوع وقبل بدو الصلاح. فيشترط للجواز أن يكون الثمر أو الزرع مما ينتفع به، إذ المشتري ملزم بقطعه في الحال كما سنرى، فوجب أن يكون عند القطع منتفعاً به حتى يصير مالاً متقوماً.

ثم إن المشتري بعد أن يصير الثمر أو الزرع منتفعاً به وقبل بدو صلاحه، يجب أن يشتري بشرط القطع أو أن يشترى مطلقاً، وفي الحالتين يلتزم بقطع الثمر أو الزرع في الحال فلا يبقى شيء في أرض البائع. أما إذا اشترى بشرط الترك أي بشرط أن يبقى الثمر أو الزرع في أرض البائع حتى يبدو صلاحه ثم يدرك فيقطعه بعد ذلك، فبالرغم من أن هذا هو الفرض الطبيعي، فإن العقد يكون مع ذلك فاسداً، للغرر أولاً، ولأن المشتري يكون بذلك قد اشترط أن يبقى شاغلاً ملك البائع، وهذا ـ كما يقول الزيلعي (٤/ ١٢) ـ «شرط لا يقتضيه العقد، وهو شغل ملك الغير. أو نقول إنه صفقة في صفقة، لأنه إجارة في بيع إن كان للمنفعة حصة من الثمن، أو إعارة في بيع إن لم يكن

---

(١) جاء في **«فتح القدير»** (٥/ ١٠٢): «لكن بدو الصلاح عندنا أن نأمن العاهة والفساد وعند الشافعي هو ظهور النضج وبدو الحلاوة».

لها حصة من الثمن، وقد نهى رسول الله ﷺ عن صفقة في صفقة».

على أن المشتري إذا اشترى بشرط الترك فيما تناهى عظمه من الثمر أو الزرع، صح بيعه عند محمد استحساناً «لأنه شرط متعارف ومدة الترك يسيرة، وقد يتحمل اليسير فيما لا يتحمل فيه الكثير، مع أنه لا يؤخذ للزيادة من ملك البائع بعد هذا». أما أبو حنيفة وأبو يوسف فيبقيان على القياس، ويذهبان إلى أن البيع فاسد حتى في هذه الحالة.

وقد جاء في **«الفتاوى الهندية»** (٣/ ١٠٦) في هذا المعنى: «فإن تناهى عظمها، فباعها مطلقاً أو بشرط القطع صح، وإن باع بشرط الترك، لم يصح قياساً عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله تعالى، وصح استحساناً عند محمد رحمه الله تعالى. وفي **«الأسرار»** أن الفتوى على قوله، كذا في الكافي. وفي التحفة الصحيح قولهما، كذا في **«النهر الفائق»**.

وإذا اشترى مطلقاً، وجب أن يقطعه في الحال كما قدمنا، ولما كان المفروض أن الثمر أو الزرع لم يبد صلاحه، فقد يتركه المشتري في الأرض حتى يبدو صلاحه ثم يدرك، ولكن لا يكون ذلك بشرط الترك يشترطه المشتري على البائع فإن هذا الشرط يفسد البيع كما رأينا، ولكن دون شرط، بإذن من البائع أو بغير إذنه. وهنا يقول صاحب **«فتح القدير»** (٥/ ١٠٣): «ولو باع ما لم يتناه عظمه مطلقاً عن الشرط ثم تركه، فإما بإذن البائع إذناً مجرداً، أو بإذن في ضمن الإجارة بأن استأجر الأشجار إلى وقت الإدراك أو بلا إذن. ففي الصورتين الأوليين يطيب له الفضل والأكل: أما في الإذن المجرد فظاهر، وأما في الإجارة فلأنها إجارة باطلة لعدم التعارف في إجارة الأشجار وعدم الحاجة. فإن الحاجة ليست بمتعينة في ذلك، وإنما تتعين لو لم يكن مخلص إلاّ بالإستئجار: وهنا يمكن أن يشتري الثمار مع أصولها فيتركها عليها. ولا يخفى ما في هذا من العسر فإنه يستدعي شراء ما لا حاجة له إليه، أو ما لا يقدر على ثمنه، وقال لا يوافقه البائع على بيع الأشجار، فالأول أولى. وأصل الإجارة مقتضى القياس فيها البطلان، إلاّ أن الشرع أجازها للحاجة فيما فيه تعامل، ولا تعامل في إجارة الأشجار المجردة، فلا يجوز، وكذا لو استأجر أشجاراً ليجفف عليها ثيابه لا يجوز، ذكره الكرخي. وإذا بطلت بقي الإذن معتبراً، فيطيب بخلاف ما إذا اشترى الزرع واستأجر الإرض إلى أن يدرك، حيث لا يطيب له الفضل، لأن الإجارة هناك فاسدة، لأن الأرض تجوز إجارتها وإنما فسدت لجهالة الأجل فأورث خبثاً. أما هنا فالإجارة باطلة، والباطل لا وجود له، فلم يوجد إلاّ الإذن فطاب. أما الفاسد فله وجود فكان الإذن ثابتاً في ضمنه باعتباره، فمنع وهنا صار اللاإذن مستقلاً بنفسه، وهذا بناء على عدم عذره بالجهل في دار الإسلام إن كان جاهلاً ببطلان الإجارة. وفي الثالثة لا يطيب له، ويتصدق بما زاد، لأنه حصل بجهة محظورة. أما إذا باع ما تناهى عظمه فتركه المشتري بغير إذن البائع، فإنه لا يتصدق بشيء، لأنه لم يزدد في ذاتها شيء. وهذا قول المصنف: لأن هذا تغير حالة لا تحقق زيادة، أي تغير من وصف إلى آخر بواسطة إنضاج الشمس له. نعم عليه إثم غصب المنفعة، يتعلق به، لا بالعين المبيعة بإثبات خبث فيها».

ويخلص مما تقدم أن المشتري لو أبقى الزرع في الأرض أو الثمر على الشجر بإذن معتبر من

البائع، بأن كان إذناً مجرداً إو إذناً ضمن إجارة باطلة لا وجود لها ـ كإجارة الأشجار لإبقاء الثمر إذ لا تعامل في إجارة الأشجار المجردة ـ فنما الزرع أو الثمر. طاب له الفضل لقيام الإذن المعتبر. أما لو أبقى الزرع أو الثمر بغير إذن أو بإذن ضمن إجارة فاسدة ـ كإجارة الأرض لإبقاء الزرع حيث تكون الإجارة فاسدة لجهالة الأجل ـ لم يطب له الفضل، ووجب عليه التصدق به، إلاّ فيما تناهى عظمه فإنه لا يزيد شيئاً فلا فضل يتصدق به.

كذلك إذا اشترى مطلقاً، فأثمرت ثمراً آخر، أي لم يقتصر الأمر على نمو الثمر أو الزرع المبيع بل حدثت زيادة فيه، فإن كانت الزيادة قبل القبض «فسد البيع لعجزه عن التسليم. ولو أثمر بعد القبض يشتركان فيه للاختلاط، والقول قول المشتري في مقداره لأنه في يده» («**الزيلعي**» ٤/ ١٢). وجاء في «**الفتاوى الهندية**» (٣/ ١٠٧) في هذا المعنى: (ولو اشتراها مطلقاً عن القطع وأثمرت ثمرة، فإن كان قبل تخلية البائع بين المشتري والثمار فسد البيع. وإن كان بعدها لم يفسد، ويشتركان، والقول للمشتري في مقدار الزائد مع يمينه».

وجاءنا في «**فتح القدير**» (٥/ ١٠٥): «ولو اشتراها مطلقاً، فأثمرت ثمراً آخر قبل القبض فسد البيع، لأنه لا يمكنه تسليم المبيع لتعذر التمييز، فأشبه هلاكه قبل التسليم. ولو أثمرت بعد القبض، فيشتركان فيه للاختلاط، والقول قول المشتري في مقداره مع يمينه لأنه في يده».

ومذهب مالك يقرب من المذهب الحنفي، ويلخصه ابن جزى في «**القوانين الفقهية**» (٢٦١) في العبارات الآتية: «ولا يجوز بيع الثمار حتى يبدو صلاحها ويستوى في ذلك العنب والتمر وجميع الفواكه والمقاني والخضراوات وجميع البقول والزروع، وبدو الصلاح مختلف: ففي التمر أن يحمر ويصفر، وفي العنب أن يسود وتبدو الحلاوة فيه، وفي سائر الفواكه والبقول أن تطيب للأكل، وفي الزرع أن ييبس ويشتد... وإنما يجوز بيع الثمار قبل أن يبدو صلاحها على شرط القطع إن كانت مما ينتفع به. كالقصيل وغيره. فإن شرط فيها التبقية، لم يجز البيع. وإن سكت عن التبقية والقطع، فقولان. فإن اشتراها قبل بدو الصلاح على شرط القطع ثم أبقاها، انفسخ البيع، وإن اشترى الأرض بعد ذلك جاز تبقية الزرع» ونرى من ذلك أن مذهب مالك، كالمذهب الحنفي، يجيز بيع الثمار قبل أن يبدو صلاحها إن كانت مما ينتفع به على شرط القطع. ولا يجيزه على شرط التبقية أو الترك، وإن كان البيع مطلقاً عن شرط القطع وعن شرط الترك ففي المذهب قولان، قول يجيز وقول لا يجيز.

ومذهب الشافعي هو أيضاً يجيز بيع الثمار والزرع قبل بدو الصلاح على أن يكون البيع مقترناً بشرط القطع، جاء في المهذب (١/ ٢٨١): «ولا يجوز بيع الثمار والزرع قبل بدو الصلاح من غير شرط القطع، لما روى ابن عمر رضي الله عنهما أن النبي ﷺ نهى عن بيع الثمار حتى يبدو صلاحها. وروى ابن عمر رضي الله عنه أن النبي ﷺ نهى عن بيع ثمرة النخل حتى تزهى، والسنبل والزرع حتى يبيض ويأمن العاهة. ولأن المبيع إنما ينقل على حسب العادة. ولهذا لو اشترى بالليل متاعاً لم يكلف نقله حتى يصبح، والعادة في الثمار تركها إلى أوان الجذاذ، فإذا باعها قبل بدو الصلاح لم يأمن أن يصيبها عاهة فتتلف، وذلك غرر من غير حاجة فلم يجز. وإن

باعها بشرط القطع جاز، لأنه يأخذه قبل أن يتلف فيأمن الغرر، وإن باع الثمرة ممن يملك الأصل أو الزرع ممن يملك الأرض. ففيه وجهان: أحدهما يصح لأنه يحصل لمالك الأصل فجاز كما لو باعها مع الشجر والأرض، والثاني لا يصح لأنه أفرده بالبيع قبل بدو الصلاح من غير شرط القطع فأشبه إذا باعها من غير مالك الأصل».

ومذهب أحمد كالمذاهب الأخرى يجيز بيع الثمار والزرع قبل بدو الصلاح بشرط القطع. جاء في «**المغني**» (٤/ ٢٠٢ - ٢٠٩): «لا يخلو بيع الثمرة قبل بدو صلاحها من ثلاثة أقسام:

أحدها: أن يشتريها بشرط التبقية، فلا يصح البيع إجماعاً لأن النبي ﷺ نهى عن بيه الثمار حتى بيدو صلاحها، نهى البائع والمبتاع، متفق عليه، والنهي يقتضي فساد النهي عنه. قال ابن المنذر أجمع أهل العلم على القول بجملة هذا الحديث.

القسم الثاني: أن يبيعها بشرط القطع في الحال، فيصح بالإجماع، لأن المنع كان خوفاً من تلف الثمرة، وحدوث العاهة عليها قبل أخذها، بدليل ما روى أنس أن النبي ﷺ نهى عن بيع الثمار حتى تزهو، قال: أرأيت إن منع الله الثمرة. بم يأخذ أحدكم مال أخيه. رواه البخاري. وهذا مأمون فيما يقطع. فصح بيعه كما لو بدا صلاحه.

القسم الثالث: أن يبيعها مطلقاً ولم يشترط قطعاً ولا تبقية. فالبيع باطل، وبه قال مالك والشافعي. وأجازه أبو حنيفة، لأن إطلاق العقد يقتضي القطع فهو كما لو اشترطه، قال ومعنى النهي أن يبيعها مدركة قبل إدراكها بدلالة قوله: أرأيت إن منع الله الثمرة، بم يأخذ أحدكم مال أخيه! فلفظة المنع تدل على أن العقد يتناول معنى هو مفقود في الحال حتى يتصور المنع ولنا أن النبي ﷺ أطلق النهي عن بيع الثمرة قبل بدو صلاحها. فيدخل فيه محل النزاع، واستدلالهم بسياق الحديث يدل على هدم قاعدتهم التي قرروها في أن إطلاق العقد يقتضي القطع، ويقرر ما قلنا من أن إطلاق العقد يقتضي التبقية فيصير العقد المطلق كالذي شرطت فيه التبقية يتناولها النهي جميعاً، ويصبح تعليلهما بالعلة التي علل بها النبي ﷺ من منع الثمرة وهلاكها. وبيع الثمرة قبل بدو صلاحها من غير شرط القطع على ثلاثة أضرب:

أحدها: أن يبيعها مفردة لغير مالك الأصل، فهذا الضرب الذي ذكرنا حكمه وبينا بطلانه.

الثاني: أن يبيعها مع الأصل. فيجوز بالإجماع لقول النبي ﷺ: من ابتاع نخلة بعد أن تؤبر فثمرتها للذي باعها إلاّ أن يشترطها المبتاع، ولأنه إذا باعها مع الأصل حصلت تبعاً في البيع فلم يضر احتمال الغرر فيها كما احتملت الجهالة في بيع اللبن في الضرع مع بيع الشاة والنوى في التمر مع التمر وأساسات الحيطان في بيع الدار.

الثالث: أن يبيعها مفردة لمالك الأصل، نحو أن تكون للبائع ولا يشترطها المبتاع فيبيعها له بعد ذلك أو يوصي لرجل بثمرة نخلة فيبيعها لورثة الموصي، ففيه وجهان:

أحدهما: يصح البيع، وهو المشهور من قول مالك، وأحد الوجهين لأصحاب الشافعي، لأنه يجتمع الأصل والثمرة للمشتري، فيصح كما لو اشتراهما معاً، ولأنه إذا باعها لمالك الأصل حصل التسليم إلى المشتري على الكمال لكونه مالكاً لأصولها وقرارها، فصح بيعها مع أصلها.

الثاني: لا يصح، وهو أحد الوجهين لأصحاب الشافعي. لأن العقد يتناول الثمرة خاصة والغرر فيما يتناوله العقد أصلاً يمنع الصحة كما لو كانت الأصول لأجنبي، ولأنها تدخل في عموم النهي بخلاف ما إذا باعهما معاً فإنه مستثنى بالخبر المروي فيه، ولأن الغرر فيما يتناوله العقد أصلاً يمنع الصحة فيما إذا باعهما معاً تدخل الثمرة تبعاً ويجوز في التابع من الغرر ما لا يجوز في المتبوع كما يجوز بيع اللبن في الضرع والحمل مع الشاة وغيرهما: وإن باعه الثمرة بشرط القطع في الحال صح وجهاً واحداً، ولا يلزم المشتري الوفاء بالشرط لأن الأصل له».

وقد لخص ابن رشد في **«بداية المجتهد»** (٢/ ١٢٢ ـ ١٢٦) المذاهب جميعاً في هذه المسألة. وجاء فيما قاله في ذلك: «وأما بيع الثمار فإنه ثبت عنه عليه الصلاة والسلام أنه نهى عن بيعها حتى يبدو صلاحها وحتى تزهى. ويتعلق بذلك مسائل مشهورة نذكر نحن منها عيونها. وذلك أن بيع الثمار لا يخلو أن يكون قبل أن تخلق أو بعد أن تخلق. ثم إذا خلقت لا يخلو أن تكون بعد الصرام أو قبله. ثم إذا كان قبل الصرام فلا يخلو أن تكون قبل أن تزهى أو بعد أن تزهى. وكل واحد من هذين لا يخلو أن يكون بيعاً مطلقاً أو بشرط التبقية أو بشرط القطع».

«أما القسم الأول وهو بيع الثمار قبل أن تخلق، فجميع العلماء مطبقون على منع ذلك. . . وأما بيعها بعد الصرام، فلا خلاف في جوازه. وأما بيعها بعد أن خلقت فأكثر العلماء على جواز ذلك على التفصيل الذي نذكره، إلاّ مما روي عن أبي سلمة بن عبد الرحمن وعن عكرمة أنه لا يجوز إلاّ بعد الصرام. فإذا قلنا بقول الجمهور إنه يجوز قبل الصرام، فلا يخلو أن تكون بعد أن تزهى أو قبل أن تزهى. وقد قلنا إن ذلك لا يخلو أن يكون بيعاً مطلقاً أو بيعاً بشرط القطع أو بشرط التبقية. فأما بيعها قبل الزهو بشرط القطع، فلا خلاف في جوازه، إلاّ ما روي عن الثوري وابن أبي ليلى من منع ذلك وهي رواية ضعيفة. وأما بيعها قبل الزهو بشرط التبقية، فلا خلاف في أنه لا يجوز ولا ما ذكره اللخمي من جوازه تخريجاً على المذهب. وأما بيعها قبل الزهو مطلقاً. فاختلف في ذلك فقهاء الأمصار، فجمهورهم على أنه لا يجوز: مالك والشافعي وأحمد وإسحاق والليث والثوري وغيرهم. وقال أبو حنيفة يجوز ذلك إلاّ أنه يلزم المشتري عنده فيه القطع، لا من جهة ما هو بيع ما لم يره، بل من جهة أن ذلك شرط عنده في بيع الثمر على ما سيأتي بعد. أما دليل الجمهور على منع بيعها مطلقاً قبل الزهو فالحديث الثابت عن ابن عمر أن رسول الله ﷺ نهى عن بيع الثمار حتى يبدو صلاحها، نهى البائع والمشتري، فعلم أن ما بعد الغاية بخلاف ما قبل الغاية، وأن هذا النهي يتناول البيع المطلق والبيع بشرط التبقية، ولما ظهر للجمهور أن المعنى في هذا خوف ما يصيب الثمار من الجائحة غالباً قبل أن تزهى لقوله عليه الصلاة والسلام في حديث أنس بن مالك بعد نهيه عن بيع الثمرة قبل الزهو: أرأيت أن منع الله الثمرة فبم يأخذ أحدكم مال أخيه. لم يحمل العلماء النهي في هذا على الإطلاق أي النهي عن البيع قبل الإزهاء. بل رأت أن معنى النهي هو بيعه بشرط التبقية إلى الإزهاء، فأجازوا بيعها قبل الإزهاء بشرط القطع. واختلفوا إذا ورد البيع مطلقاً في هذه الحال. هل يحمل على القطع وهو الجائز. أو على التبقية الممنوعة؟ فمن حمل الإطلاق على التبقية أو رأى أن النهي يتناوله بعمومه قال لا يجوز، ومن حمله على القطع قال يجوز. والمشهور عن مالك أن الإطلاق محمول على التبقية، وقد قيل عنه إنه محمول

على القطع. وأما الكوفيون فحجتهم في بيع الثمار مطلقاً قبل أن تزهى حديث ابن عمر الثابت أن رسول الله ﷺ قال: من باع نخلة قد أبرت فثمرتها للبائع إلاّ أن يشترطها المبتاع. قالوا فلما جاز أن يشترطه المبتاع جاز بيعه مفرداً، وحملوا الحديث الوارد بالنهي عن بيع الثمار قبل أن تزهى على الندب واحتجوا لذلك بما روي عن زيد بن ثابت قال كان الناس في عهد رسول الله ﷺ يتبايعون الثمار قبل أن يبدو صلاحها، فإذا جد الناس وحضر تقاضيهم، قال المبتاع أصاب الثمر الزمان. . . وأمراض العاهات يذكرونها، فلما كثرت خصومتهم عند النبي قال كالمشورة يشير بها عليهم لا تبيعوا الثمر حتى يبدو صلاحه. وربما قالوا إن المعنى الذي دل عليه الحديث في قوله حتى يبدو صلاحه هو ظهور الثمرة بدليل قوله عليه الصلاة والسلام: أرأيت إن منع الله الثمرة فبم يأخذ أحدكم مال أخيه! وقد كان يجب على من قال من الكوفيين بهذا القول، ولم يكن يرى رأي أبي حنيفة في أن من ضرورة بيع الثمار القطع، أن يجيز بيع الثمر قبل بدو صلاحها على شرط التبقية».

ويخلص مما قدمناه من النصوص في مختلف المذاهب أنه يجوز بيع الثمر أو الزرع قبل أن يبدو صلاحه. ولولا أن الفقهاء اشترطوا القطع فوراً وجعلوا البيع بشرط الترك أو التبقية فاسداً، لاستقام الأمر. ولا شك في أن قطع الثمر أو الزرع قبل أن يبدو صلاحه يتعارض مع الحاجة إلى استبقائه على الشجر أو في الأرض حتى ينضج ويدرك. وقد أخذ ابن رشد ـ في النص الأخير الذي نقلناه عنه ـ على الكوفيين الذين يحملون الحديث الوارد بالنهي عن بيع الثمار قبل أن تزهي على الندب، أنه مان يجب عليهم أن يجيزوا بيع الثمر قبل بدو صلاحه على شرط التبقية. ولكننا رأينا أن المذهب الحنفي يفسد البيع بشرط الترك أو التبقية، ولا يجيزه إلاّ بشرط القطع، ثم يحمل البيع مطلقاً على البيع بشرط القطع فيجيزه.

على أنه ينبغي أن نسجل ما في المذهب الحنفي من تطور ملحوظ في هذه المسألة. فهو يبدأ بتقرير الأحكام التي قررتها معه المذاهب الأخرى، وهي أحكام يضيق بها التعامل. فهو لا يجيز بيع الزرع قبل بدو صلاحه، ولو طلع وصار منتفعاً به، إذا اشترط المشتري تركه في الأرض أو على الشجر حتى بدو الصلاح وإنما يجيز بيعه بشرط القطع، أو مطلقاً ويحمل الإطلاق على القطع كما قدمنا وإلى هنا ليس في الأحكام المرونة الواجبة، فبيع الزرع بشرط القطع إنما هو بيع شيء موجود متكامل الوجود، فكأن تكامل الوجود في الشيء لا يزال شرطاً في التعامل، فإذا كان الزرع بحال لم يتم نضجه، وتقضي الضرورة أن يباع بشرط الترك حتى ينضج، فهنا محل التسليم ببيع شيء لم يتكامل وجوده، ولكن المذهب لا يسلم ذلك، ويذهب إلى فساد البيع إذا اشترط المشتري ترك الزرع.

ولكن ـ وهنا نرى التطور ملحوظاً ـ يخفف من حدة هذه الأحكام ما يأتي:

أولاً: يستحسن محمد ـ وما أروع الاستحسان هنا فهو مصدر خصب لتطور الفقه الإسلامي ـ جواز بيع الزرع قبل بدو صلاحه، وبشرط الترك، إذا تناهى عظمه: «لأن مدة الترك يسيرة، وقد يتحمل اليسير فيما لا يتحمل فيه الكثير. مع أنه لا يؤخذ للزيادة من ملك البائع بعد هذا».

ثانياً: وإذا كان أبو حنيفة وأبو يوسف يريان أن البيع فاسد في الفرض المتقدم، فإنهما مع

ذلك يجيزان في البيع المطلق أن يترك المشتري الزرع فعلاً في الأرض حتى ينضج، بإذن معتبر من البائع ـ سواء كان الإذن مجرداً أو كان إذناً ضمن إجارة باطلة ـ وتطيب الزيادة في هذه الحالة للمشتري، فلا يجب عليه التصدق بها.

ثالثاً: وإذا كانت الأئمة الثلاثة ـ أبو حنيفة وأبو يوسف ومحمد ـ يرون أن البيع بشرط الترك فاسد فيما لم يتناه عظمه، فإنهم جميعاً في هذه الحالة يجيزون في البيع المطلق ترك الزرع فعلاً في الأرض حتى ينضج بإذن معتبر من البائع، وتطيب الزيادة للمشتري على الوجه السالف الذكر.

رابعاً: أما إذا لم يكن هناك إذن معتبر ـ بأن لم يوجد الإذن أصلاً أو كان الإذن ضمن إجارة فاسدة ـ فإنه يجوز مع ذلك ترك الزرع في الأرض فعلاً، بل تطيب الزيادة للمشتري فيما تناهى عظمه من الزرع فلا يتصدق بها، وقد رأينا أن محمداً يذهب إلى أبعد من ذلك، فيجيز البيع بشرط الترك فيما تناهى عظمه.

خامساً: وحتى في الزرع الذي لم يتناه عظمه، إذا بيع مطلقاً، ولم يكن هناك إذن معتبر، فإنه يجوز مع ذلك ترك الزرع في الأرض فعلاً حتى ينضج، وإذا كانت الزيادة في هذه الحالة لا تطيب للمشتري وعليه أن يتصدق بها، فإن هذا الحكم لا يتعلق بالقضاء، بل هو حكم في الدين، أما في القضاء فإن الزيادة تكون ملكاً للمشتري، وإلاّ لما جاز له أن يتصدق بها.

فها نحن في المذهب الحنفي قد وصلنا ـ بسلسلة محكمة الحلقات من الترخص المحمود ـ إلى جواز بيع الزرع قبل بدو صلاحه مع تركه في الأرض حتى ينضج.

بيع ما يوجد من الزرع بعضه بعد بعض:

هنا أيضاً الشيء في أصله موجود وقت التعاقد، ثم يتكامل بعده، فعنصر الغرر ليس من الجسامة بحيث ينبغي أن يفسد العقد. ولكن المذاهب مع ذلك تباينت إزاء هذا البيع. فالحنفية والشافعية والحنابلة يجيزون بيع ما ظهر من الزرع دون ما لم يظهر، مع شيء من التردد في المذهب الحنفي في جواز البيع حتى فيما لم يظهر. أما المالكية فيجيزون بيع ما ظهر من الزرع وما لم يظهر على السواء، وينزلون في ذلك بحق على مقتضى حاجة التعامل.

جاء في «**البدائع**» (٥/ ١٣٩): «وما يوجد من الزرع بعضه بعد بعض كالبطيخ والباذنجان فيجوز بيع ما ظهر منه ولا يجوز بيع ما لم يظهر، وهذا قول عامة العلماء رضي الله عنهم. وقال مالك رحمه الله إذا ظهر فيه الخارج الأول يجوز بيعه، لأن فيه ضرورة لأنه لا يظهر الكل دفعة واحدة بل على التعاقب بعضها بعد بعض، فلو لم يجز بيع الكل عند ظهور البعض لوقع الناس في الحرج. ولنا أن ما لم يظهر منه معدوم فلا يحتمل البيع، ودعوى الضرورة والحرج ممنوعة، فإنه يمكنه أن يبيع الأصل بما فيه من الثمر، وما يحدث منه بعد ذلك يكون ملك المشتري». ويسهب صاحب «**المبسوط**» (١٢/ ١٩٧) في بيان الحكم على الوجه الآتي: «ولم يذكر فصلاً آخر في الكتاب، وهو ما إذا صار بعض الثمار منتفعاً به ولم يخرج البعض بعد، كالتين ونحوه، فاشترى الكل، فظاهر المذهب أن هذا العقد لا يجوز عندنا خلافاً لمالك، فإنه يقول بأن وجود صفة المالية والتقوم في شيء مما هو المقصود يجعل كوجوده في الكل للحاجة إلى ذلك، كما أن في باب

الإجارة يجعل وجود جزء من المنفعة كوجود الكل في حق جواز العقد أو يجعل ما خرج أصلاً وما لم يخرج منه جعل تبعاً له في حق جواز العقد لتعامل الناس ولكنا نقول جمع في العقد بين المعدوم والموجود، والمعدوم لا يقبل البيع، وحصة الموجود من البدل غير معلوم. فلا يجوز العقد. قال رضي الله عنه وكان شيخنا الإمام شمس الأئمة يفتي بجواز هذا البيع في الثمار والباذنجان والبطيخ وغير ذلك، وهكذا حكي عن الشيخ الإمام أبي بكر محمد بن الفضل، قال اجعل الموجود أصلاً في العقد وما يحدث بعد ذلك تبعاً، قال استحسن فيه لتعامل الناس، فإنهم تعاملوا بيع ثمار الكرم بهذه الصفة، ولهم في ذلك عادة ظاهرة. وفي نزعهم عن عادتهم حرج بين. قال وقد رأيت رواية في هذا عن محمد، وهو في بيع الورد على الأشجار فإن الورد متلاحق، ثم جوز البيع في الكل مطلقاً بهذا الطريق. قال الشيخ الإمام ولكن الأول عندي أصح، لأن المصير إلى هذا الطريق عند تحقق الضرورة، ولا ضرورة في الباذنجان والبطيخ، فإنه يمكن أن يبيع أصولها حتى يكون ما يحدث من ملك المشتري له، وفي الثمار كذلك فإنه يمكن أن يشتري الموجود المنتفع به ببعض الثمن ثم يؤخر العقد فيما بقي إلى أن يصير منتفعاً به، أو يشتري الموجود بجميع الثمن ويحل له البائع أن ينتفع بما يحدث، فيحصل مقصودهما بهذا الطريق».

ونرى من ذلك مبلغ ما يبذل من جهد في المذهب الحنفي لإباحة بيع ما لم يظهر من الزرع. وقد وجد في المذهب قول مرجوح لشمس الأئمة الحلواني ولأبي بكر محمد بن الفضل البخاري يذهب إلى جواز بيع ما لم يظهر من الزرع، استحساناً لعادة الناس في التعامل على ذلك وللضرورة، بل حكي عن محمد جواز بيع الورد المتلاحق على الأشجار. وحمل صاحب **«البدائع»** (٥/ ١٧٤) الجواز على أصل محمد. ويجعل أصحاب هذا القول ما ظهر من الزرع هو الأصل وما لم يظهر منه يكون تبعاً للأصل فيباع معه.

ولكن السرخسي صاحب **«المبسوط»** يقول إن الأصح في المذهب هو عدم جواز بيع ما لم يظهر من الزرع، إذ لا ضرورة تقتضي جواز هذا البيع، ففي مثل الباذنجان والبطيخ يمكن أن تباع أصولها حتى يكون ما يحدث من ملك المشتري، وفي الثمار يشتري الموجود المنتفع به ببعض الثمن ويؤخر العقد فيما بقي إلى أن يصير منتفعاً به، أو يشتري الموجود بجميع الثمن ويحل له البائع أن ينتفع بما يحدث.

وتردد كتب المذهب الحنفي ما جاء في **«المبسوط»**. من ذلك ما جاء في **«الزيلعي»** (٣/ ١٢): «ولو اشتراها مطلقاً فأثمرت ثمراً آخر قبل القبض، فسد البيع - لعجزه عن التسليم. ولو أثمر بعد القبض، يشتركان فيه للاختلاط، والقول قول المشتري في مقداره لأنه في يده. وكذا في الباذنجان والبطيخ. والمخلص أن يشتري الأصول لتحصل الزيادة في ملكه، ثم يبيع الأصول بعد قضاء حاجته من البائع إن شار. وقيل المخلص فيه أن يشتري الثمار الموجودة والمعدومة. فإنه جائز عند بعضهم إذا كان الموجود أكثر. فحاصله أن لهذه المسألة ثلاث صور:

إحداها: إذا خرج الثمر كله، فإنه يجوز بيعه بالاتفاق، وحكمه ما مضى.

ثانيتها: ألا يخرج شيء منه، فإنه لا يجوز بيعه اتفاقاً.

ثالثتها: أن يخرج بعضها دون بعض، فإنه لا يجوز في ظاهر المذهب. وقيل يجوز إذا كان الخارج أكثر، ويجعل المعدوم تبعاً للموجود استحساناً لتعامل الناس وللضرورة. وكان شمس الأئمة الحلواني وأبو بكر محمد بن الفضل البخاري يفتيان به. وقال شمس الأئمة السرخسي والأصح أنه لا يجوز، لأن المصير إلى مثل هذه الطريقة عند تحقق الضرورة، ولا ضرورة هنا، لأنه يمكنه أن يبيع الأصل على ما بينا، أو يشتري الموجود ببعض الثمن ويؤخر العقد في الباقي إلى وقت وجوده، أو يشتري الموجود بجميع الثمن ويبيح له الانتفاع بمايحدث منه، فيحصل مقصودهما بهذا الطريق. فلا ضرورة إلى تجويز العقد في المعدوم مصادماً للنص. وهو ما روي أنه عليه السلام نهى عن بيع ما ليس عند الإنسان ورخص في السلم». ويلاحظ أن الزيلعي عندما تكلم في جعل ما ظهر من الثمر أصلاً وما لم يظهر تبعاً فرض أن ما ظهر هو الأكثر وهو قول محمد بن الفضل البخاري. ولكن السرخسي في المبسوط لم يورد هذا القيد كما رأينا وهو قول شمس الأئمة الحلواني. وجاء في «**فتح القدير**» (٥/ ١٠٥): «ولو اشتراها مطلقاً فأثمرت ثمراً آخر قبل القبض فسد البيع، لأنه لا يمكنه تسليم البيع لتعذر التمييز، فأشبه هلاكه قبل التسليم، ولو أثمرت بعد القبض يشتركان فيه للاختلاط، والقول قول المشتري في مقداره مع يمينه لأنه في يده. وكذا في بيع الباذنجان والبطيخ، إذا حدث بعد القبض خروج بعضها اشتركا كما ذكرنا. وكان الحلواني يفتي بجوازه في الكل، وزعم أنه مروي عن أصحابنا، وكذا حكي عن الإمام الفضلي وكان يقول الموجود وقت العقد أصل وما يحدث تبع، نقله شمس الأئمة عنه، ولم يقيده عنه بكون الموجود وقت العقد يكون أكثر، بل قال عنه أجعل الموجود أصلاً في العقد وما يحدث بعد ذلك تبعاً، وقد استحسن فيه لتعامل الناس فإنهم تعاملوا بيع ثمار الكرم بهذه الصفة ولهم في ذلك عادة ظاهرة وفي نزع الناس من عادتهم حرج. وقد رأيت رواية في نحو هذا عن محمد رحمه الله، وهو بيع الورد على الأشجار، فإن الورد متلاحق، ثم جوز البيع في الكل بهذا الطريق، وهو قول مالك رحمه الله، والمخلص من هذه اللوازم الصعبة أن يشتري أصول الباذنجان والبطيخ والرطبة ليكون ما يحدث على ملكه. وفي الزرع والحشيش يشتري الموجود ببعض الثمن، ويستأجر الأرض مدة معلومة يعلم غاية الإدراك وانقضاء الغرض فيها بباقي الثمن، وفي ثمار الأشجار يشتري الموجود ويحل له البائع ما يوجد، فإن خاف أن يرجع يفعل كما قال الفقيه أبو الليث في الإذن في ترك الثمر على الشجر، وهو أن يأذن المشتري على أنه متى رجع عن الإذن كان مأذوناً في الترك بإذن جديد فيحله على مثل هذا الشرط».

ومذهب الشافعية والحنابلة كالمذهب الحنفي فيما قدمناه. جاء في «**المغني**» (٤/ ٢٠٥ ـ ٢٠٩): «ولا يجوز بيع القثاء والخيار والباذنجان وما أشبهه إلاّ لقطة لقطة. وجملة ذلك أنه إذا باع ثمرة شيء من هذه البقول لم يجز إلاّ بيع الموجود منها دون المعدوم، وبهذا قال أبو حنيفة والشافعي. وقال مالك يجوز بيع الجميع لأن ذلك يشق تمييزه، فجعل ما لم يظهر تبعاً لما ظهر، كما أن ما لم يبد صلاحه تبع لما بدا. ولنا أنها ثمرة لم تخلق فلم يجز بيعها كما لو باعها قبل ظهور شيء منها، والحاجة تندفع ببيع أصوله، ولأن ما لم يبد صلاحه يجوز إفراده بالبيع بخلاف ما لم يخلق، ولأن ما لم يخلق من ثمرة النخل لا يجوز بيعه تبعاً لما خلق وإن كان يجوز بيع ما

لم يبد صلاحه تبعاً لما بدا. إذا تقرر هذا فإن باعها قبل بدو صلاحها لم يجز إلاّ بشرط القطع، فإن كان بعد بدو صلاحها جاز مطلقاً وبشرط القطع والتبقية على ما ذكرنا في ثمرة الأشجار، وقد بينا بماذا يكون بدو صلاحه، قال القاضي ويصح بيع أصول هذه البقول التي تتكرر ثمرتها من غير شرط القطع، وهو مذهب أبي حنيفة والشافعي. ولا فرق بين كون الأصول صِغاراً أو كباراً مثمرة أو غير مثمرة، لأن أصل تكرر فيه الثمر فأشبه الشجر»:

أما مذهب مالك فقد خطا خطوة كبيرة إلى الأمام، وأجاز كما قدمنا بيع ما لم يظهر من الزرع مع ما ظهر جاء في «**القوانين الفقهية**» لابن جزي (٢٦١) «وإذا كانت الثمرة تطعم بطناً بعد بطن، جاز بيع سائر البطون يبدو صلاح الأول إذا كانت متتابعة كالمقاثىء والتين، خلافاً لهم. فإن كانت منفصلة، لم يجز بيع الثاني بصلاح الأول اتفاقاً، كالباكور مع تين العصير». ويحصل ابن رشد في «**بداية المجتهد**» (٢/ ١٣٠ و١٣١) مذهب مالك في هذه المسألة على الوجه الآتي: «أجمع فقهاء الأمصار على بيع الثمر الذي يثمر بطناً واحداً يطيب بعضه وإن لم يطب جملته معاً. واختلفوا فيما يثمر بطوناً مختلفة. وتحصيل مذهب مالك في ذلك أن البطون المختلفة لا تخلو أن تتصل أو لا تتصل. فإن لم تتصل لم يكن بيع ما لم يخلق منها داخلاً فيما خلق، كشجر التين يوجد فيه الباكور والعصير. ثم إن اتصلت، فلا يخلو أن تتميز البطون أو لا تتميز. فمثال المتميز جز القصيل الذي يجز مدة بعد مدة، ومثال غير المتميز المباطخ والمقاثىء والباذنجان والقرع. ففي الذي يتميز عنه وينفصل روايتان، إحداهما الجواز والأخرى المنع، وفي الذي يتصل ولا يتميز قول واحد وهو الجواز. وخالفه الكوفيون وأحمد وإسحاق والشافعي في هذا كله، فقالوا لا يجوز بيع بطن منها بشرط بطن آخر، وحجة مالك فيما لا يتميز أنه لا يمكن حبس أوله على آخره فجاز أن يباع ما لم يخلق منها ما خلق وبدا صلاحه. أصله جواز بيع ما لم يطب من الثمر مع ما طاب. لأن الغرر في الصفة شبهه بالغرر في عين الشيء كأنه رأى أن الرخصة ههنا يجب أن تقاس على الرخصة في بيع الثمار، أعني ما طاب مع ما لم يطب، لموضع الضرورة. والأصل عنده أن من الغرر ما يجوز لموضع الضرورة، ولذلك منع على إحدى الروايتين عنده بيع القصيل بطناً أكثر من واحد لأنه لا ضرورة هناك إذا كان متميزاً، وأما وجه الجواز في القصيل فتشبيهاً له بما لا يتميز وهو ضعيف. وأما الجمهور فإن هذا كله عندهم من بيع ما لم يخلق ومن باب النهي عن بيع الثمار معاومة. واللفت والجزر والكرنب جائز عند مالك بيعه إذا بدا صلاحه وهو استحقاقه للأكل. ولم يجزه الشافعي إلاّ مقلوعاً لأنه من باب بيع المغيب. ومن هذا الباب بيع الجوز واللوز والباقلا في قشره، أجازه مالك ومنعه الشافعي. والسبب في اختلافهم هل هو من الغرر المؤثر في البيوع أم ليس من المؤثر. وذلك أنهم اتفقوا أن الغرر ينقسم بهذين القسمين، وأن غير المؤثر هو اليسير أو الذي تدعو إليه الضرورة أو ما جمع الأمرين» (راجع أيضاً «**الفروق**» للقرافي في (٣/ ٢٧٠ وما بعدها): الفرق الثالث والتسعون والمائة بين قاعدة المجهول وقاعدة الغرر).

وغني عن البيان أن مذهب مالك في هذه المسألة يستجيب، أكثر من غيره من المذاهب، لحاجات التعامل. فهو يجيز في صراحة ووضوح بيع ما لم يظهر من الثمر مع ما ظهر منه، ولا يرى في ذلك إلاّ غرراً يسيراً تقضي الضرورة بتحمله. وقد بين ابن رشد في عبارة جلية الأصل عند

مالك في ذلك، فقال: «والأصل عنده أن من الغرر ما يجوز لموضع الضرورة». ثم قال الغرر قسمان غرر مؤثر في البيوع وغرر غير مؤثر. ثم ختم عبارته بما يفيد اتفاق الفقهاء على هذا الأصل، فيقول: «وذلك أنهم اتفقوا أن الغرر ينقسم بهذين القسمين وأن غير المؤثر هو اليسير أو الذي تدعو إليه الضرورة أو ما جمع بين الأمرين».

هذا أصل جليل في الفقه الإسلامي ينبغي أن نقف عنده. فالغرر إذا كان يسيراً أو دعت إليه الضرورة هو غرر غير مؤثر في صحة العقود. وإنما تختلف الأنظار فيما هو اليسير وفيما تدعو إليه الضرورة، وينبغي أن تختلف في بيئة عن بيئة وفي عصر عن عصر، وسنعود إلى ذلك تفصيلاً

٢ ـ الشيء غير موجود أصلاً وقت التعاقد ولكنه محقق الوجود في المستقبل

المبدأ العام والاستثناءات:

هنا نجد الفقه الإسلامي ـ على الوجه الذي استقر عليه في عصور التقليد ـ يضيق بحاجات التعامل. فقد كان الأصل الذي قام عليه عدم جواز بيع المعدوم هو فكرة الغرر. ولكن سرعان ما اختفى هذا الأصل، وأصبح انعدام الشيء في ذاته هو سبب البطلان، ولو لم يكن هناك غرر أو كان هناك غرر يسير.

لذلك نجد إجماعاً من المذاهب على أن الشيء إذا كان لم يكن موجوداً أصلاً وقت التعاقد، كان العقد باطلاً، حتى لو كان وجوده محققاً في المستقبل. لقد سلم الفقهاء، كما رأينا، أن الشيء إذا كان موجوداً في أصله دون أن يوجد كاملاً ـ كالزرع أو الثمر الذي لم يبد صلاحه وكالزرع الذي يوجد بعضه بعد بعض ـ فهذا الوجود الأصلي وإن لم يكن وجوداً كاملاً يكفي لجواز التعاقد. أما انعدام الشيء أصلاً، فقد خلطوا بينه وبين الغرر، واعتبروا أن التعامل في شيء منعدم وقت التعاقد ينطوي في ذاته على غرر يفسد العقد. ولم يميزوا بين مصير الشيء المعدوم في المستقبل هل هو محقق الوجود فتزول الخشية من الغرر وكان ينبغي أن يصح العقد، أو هو محتمل الوجود وعند ذلك يدخل عنصر الغرر بقدر متفاوت فيعالج بالقدر الذي يقتضيه.

على أن تعامل الناس والحاجة أوجدا ثغرتين في هذا المبدأ الذي جمد عليه الفقهاء، فأجاز الفقه الإسلامي بيع المعدوم في السلم والاستصناع. فنبسط المبدأ، ثم نستعرض الاستثناءين.

المبدأ العام ـ بيع المعدوم باطل:

يقول صاحب «البدائع» (٥/ ١٣٨ ـ ١٣٩): «وأما الذي يرجع إلى المعقود عليه فأنواع. منها أن يكون موجوداً فلا ينعقد بيع المعدوم وكذا بيع الثمر والزرع قبل ظهوره لأنهما معدوم.. ولا يجوز بيع الدقيق في الحنطة والزيت في الزيتون والدهن في السمسم والعصير في العنب والسمن في اللبن، ويجوز بيع الحنطة وسائر الحبوب في سنابلها. لأن بيع الدقيق في الحنطة والزيت في الزيتون ونحو ذلك بيع المعدوم، لأنه لا دقيق في الحنطة ولا زيت في الزيتون، لأن الحنطة اسم للمركب والدقيق اسم للمتفرق، فلا دقيق في حالة كونه حنطة ولا زيت حال كونه زيتوناً، فكان

هذا بيع المعدوم فلا ينعقد. بخلاف بيع الحنطة في سنبلها، لأن ما في السنبل حنطة إذ هي اسم للمركب وهي في سنبلها على تركيبها، فكان بيع الموجود، حتى لو باع تبن الحنطة في سنبلها دون الحنطة لا ينقد، لأنه لا يصير تبناً إلاّ بالعلاج وهو الدق، فلم يكن تبناً قبله، فكان بيع المعدوم فلا ينعقد. وبخلاف بيع الجذع في السقف والآجر في الحائط وذراع من كرباس أو ديباج أنه ينعقد، حتى لو نزع وقطع وسلم إلى المشتري يجبر على الأخذ وههنا لا ينعقد أصلاً حتى لو طحن أو عصر وسلم لا يجبر المشتري على القبول، لأن عدم النفاذ هناك ليس لخلل في الركن ولا في العاقد والمعقود عليه، بل لمضرة تلحق العاقد بالنزع والقطع، فإذا نزع وقطع فقد زال المانع فنفذ. أما ههنا فالمعقود عليه معدوم حالة العقد، ولا يتصور انعقاد العقد بدونه فلم ينعقد أصلاً، فلا يحتمل النفاذ، فهو الفرق. وكذا بيع البزر في البطيخ الصحيح لأنه بمنزلة الزيت في الزيتون. وبيع النوى في التمر وكذلك بيع اللحم في الشاة الحية لأنها إنما تصير لحماً بالذبح السلخ فكان بيع المعدوم فلا ينعقد وكذا بيع الشحم الذي فيها وأليتها وأكارعها ورأسها، لما قلنا وكذا بيع البحير في السمسم، لأنه إنما يصير بحيراً بعد العصر».

وجاء في **«فتح القدير»** (٥/ ١٠٢): «لا خلاف في عدم جواز بيع الثمار قبل أن تظهر» وفي **«الفتاوى الهندية»** (٣/ ١٠٦): «بيع الثمار قبل الظهور لا يصح اتفاقاً»، وفي **«بداية المجتهد»** (٢/ ١٢٤): «أما القسم الأول وهو بيع الثمار قبل أن تخلق فجميع العلماء مطبقون على منع ذلك، لأنه من باب النهي عن بيع ما لم يخلق أو من باب بيع السنين والمعاومة، وقد روي عنه عليه الصلاة والسلام أنه نهى عن بيع السنين وعن بيع المعاومة، وهي بيع الشجر أعواماً، إلاّ ما روي عن عمر بن الخطاب وابن الزبير أنهما كانا يجيزان بيع الثمار سنين».

نرى في هذه النصوص أن الفقه الإسلامي لا يجيز بيع الثمر والزرع قبل ظهوره لأنه معدوم، وإن كان سيوجد في المستقبل. وكذلك لا يجوز بيع الدقيق في الحنطة، والزيت في الزيتون، والدهن في السمسم، والعصير في العنب، والسمن في اللبن لأن هذا بيع المعدوم فلا ينعقد، حتى لو طحن أو عصر وسلم لا يجبر المشتري على القبول. ولا يجوز بيع البزر في البطيخ الصحيح لأنه بمنزلة الزيت في الزيتون، وبيع النوى في التمر، وبيع اللحم في الشاة الحية، وبيع الشحم الذي فيها وأليتها وأكارعها ورأسها. كل هذا بيع المعدوم فلا ينعقد.

هذا بيع المعدوم، ما في ذلك شك، ولكنه معدوم حالاً محقق الوجود مآلا، فأين الغرر الفاحش في ذلك!.

هناك أمثلة غير عملية وردت في كتب الفقه: بيع الدقيق في الحنطة، والزيت في الزيتون، والدهن في السمسم، والعصير في العنب، والسمن في اللبن. فإن الناس إذا رغبت التعامل في ذلك، فإنما تشتري الحنطة لا الدقيق لتستخرج الدقيق من الحنطة، وتشتري الزيتون لا الزيت لتستخرج الزيت من الزيتون، والسمسم لا الدهن، والعنب لا العصير، واللبن لا السمن.

ولكن الفقهاء أوردوا إلى جانب هذه الأمثلة غير العملية أمثلة عملية ضيقوا فيها مجال التعامل. فبيع النوى في التمر، وبيع اللحم في الشاة الحية، وبيع الشحم الذي فيها وأليتها

وأكارعها ورأسها، كل هذه حالات قد تقوم فيها الحاجة إلى التعامل، هذا إلى أن النوى موجود حالاً في التمر واللحم والشحم وسائر الأطراف موجود حالاً في الشاة. على أن المثل العملي الذي يزيد في خطره على الأمثلة المتقدمة هو بيع الثمر والزرع قبل ظهوره، فهذا بيع مألوف في التعامل ما دام مقدار البيع معيناً أو ممكن التعيين، بأن يبيع صاحب الأرض محصول كذا من الفدادين قطناً أو قمحاً أو نحو ذلك بسعر معين للوحدة لا للمجموع، فمثل هذا البيع لا يدخله الغرر الفاحش فالمحصول معين محقق الوجود مآلا ومقداره، ممكن التعيين، والثمن معلوم وهو معين على أساس سعر الوحدة لا جزافاً حيث يحتمل الغبن ويدخل الغرر، فما هي العلة في منع جواز هذا البيع!.

لقد كانت ضرورات التعامل أقوى من المنطق الجامد، ومن ثم أجاز الفقهاء واستندوا في ذلك إلى الأثر - بيع السلم وبيع الاستصناع والإجارة. فهذه ضروب من التعامل يقع فيها العقد على شيء معدوم حالاً ولكنه محقق الوجود مآلا، فأجازها الفقهاء لجريان التعامل بها. والضرورة هي التي أجرت هذا التعامل. أما الإجارة فأمرها معروف. فهي بيع المنافع المستقبلة، أي بيع غير الموجود حالاً على أنه سيوجد استقبالاً. وقد أجيزت على سبيل الاستحسان. بقي السلم والاستصناع. فلننظر الآن ماذا أحاط بهما من القيود.

الاستثناء الأول - السلم:

يمكن تعريف السلم في الفقه الإسلامي بأنه بيع شيء غير موجود بالذات بثمن مقبوض في الحال، على أن يوجد الشيء ويسلم للمشتري في أجل معلوم. ويسمى المشتري المسلم أو رب السلم. والبائع المسلم إليه، والمبيع المسلم فيه، والثمن رأس المال. ونرى من ذلك أن السلم هو بيع المعدوم، رخص فيه استثناء من مبدأ عدم جواز بيع المعدوم للحاجة إليه وجريان التعامل فيه.

على أن للسلم شروطاً وقيوداً تخرجه عن أن يكون مطلق بيع المعدوم، وتكسبه وضعاً خاصّاً تجعله استثناء مقيداً في حدود ضيقة.

فيشترط في المبيع - المسلم فيه - أن يكون معلوم الجنس والنوع والصفة، كحنطة سقية وسط أو تمر فارسي جيد. وأن يكون معلوم القدر بالكيل أو الوزن أو العد أو الذرع. وأن يكون مما يمكن أن يضبط قدره وصفته بالوصف على وجه لا يبقى بعد الوصف إلاّ تفاوت يسير. فإن كان مما لا يمكن ويبقى بعد الوصف تفاوت فاحش، لا يجوز السلم فيه. فيجوز السلم في المكيلات والموزونات لأنها من ذوات الأمثال، وفي العدديات المتقاربة كالجوز والبيض لأن الجهالة فيها يسيرة وصغيرها وكبيرها سواء فلا يجري التنازع في ذلك القدر من التفاوت بين الناس عادة، وفي الذرعيات كالثياب والبسط والحصير لأن الناس تعاملوا السلم فيها لحاجتهم إلى ذلك ولأنه إذا بين الجنس والنوع والصفة والرفعة والطول والعرض يتقارب التفاوت فيلحق بالمثل في باب السلم. ولا يجوز السلم في العدديات المتفاوتة من الحيوان والجواهر واللآلىء والجلود والبطيخ والقثاء والسفرجل والرمان ونحوها، لأنه لا يمكن ضبطها بالوصف، أو يبقى بعد بيان جنسها ونوعها وصفتها وقدرها جهالة فاحشة مفضية إلى المنازعة. ويجب في المسلم فيه أيضاً أن يكون مما يتعين

بالتعيين، فإن كان مما لا يتعين بالتعيين كالدراهم والدنانير لا يجوز السلم فيه، لأن المسلم فيه مبيع لما روى عن النبي ﷺ أنه نهى عن بيع ما ليس عند الإنسان ورخص في السلم، سمى السلم بيعاً فكان المسلم فيه مبيعاً، والمبيع مما يتعين بالتعيين. ويجب في المسلم فيه أيضاً أن يكون مؤجلاً حتى لا يجوز السلم في الحال عند الحنفية. وعند الشافعية هذا ليس بشرط وسلم الحال جائز. وجه قوله أن الأجل شرع نظراً للمسلم إليه ـ البائع ـ تمكيناً له من الاكتساب فلا يكون لازماً كما في بيع العين. واحتجت الحنفية بقوله عليه السلام من أسلم فليسلم في كيل معلوم ووزن معلوم إلى أجل معلوم، وبأن السلم حالاً يفضي إلى المنازعة لأن السلم بيع المفاليس فالظاهر أن يكون المسلم إليه عاجزاً عن تسليم المسلم فيه ورب السلم يطالب بالتسليم فيتنازعان على وجه تقع معه الحاجة إلى الفسخ، وبأن الترخيص في السلم هو تغيير الحكم الأصلي وهو حرمة بيع ما ليس عند الإنسان إلى الحل بعارض عذر العدم ضرورة الإفلاس فحالة الوجود والقدرة لا يلحقها اسم قدرة الرخصة فيبقى الحكم فيها على العزيمة الأصلية. وأما مقدار الأجل فلم يذكر في الأصل، وذكر الكرخي أن تقدير الأجل إلى العاقدين حتى لو قدرا نصف يوم جاز. وروى عن محمد أنه قدر بالشهر وهو الصحيح، لأن الأجل إنما شرط في السلم ترفيهاً وتيسيراً على المسلم إليه ليتمكن من الاكتساب في المدة، والشهر مدة معتبرة يمكن فيها من الاكتساب فيتحقق معنى الترفيه، فأما ما دونه ففي حد القلة فكام له حكم الحلول. ولو مات المسلم إليه قبل الأجل حل الدين، وكذلك كل دين مؤجل سواه إذا مات من عليه الدين، لأن الأجل حق المديون لا حق صاحب الدين، فتعتبر حياته وموته في الأجل وسقوطه. ويجب أن يكون المسلم فيه موجوداً من وقت العقد إلى وقت الأجل. فإن لم يكن موجوداً عند العقد أو عند محل الأجل، أو كان موجوداً فيها لكنه انقطع من أيدي الناس فيما بين ذلك كالثمار والفواكه واللبن وأشباه ذلك، لا يجوز السلم، وهذا عند الحنفية، وقال الشافعي الشرط وجوده عند محل الأجل دون وقت العقد، وجه قوله أن اعتبار هذا الشرط وهو الوجود ليس لعينه بل للقدرة على التسليم، فيعتبر الوجود وقت التسليم وذلك عند محل الأجل، فأما قبل ذلك فالوجود فيه والعدم بمنزلة واحدة. وينبنى عن اشتراط الحنفية وجود المسلم فيه من وقت العقد إلى وقت الأجل أن رب السلم إذا أسلم في طعام بلدة كبيرة كسمرقند وبخارى وكاشان جاز، لأنه لا ينفد طعام هذه البلاد إلاّ على سبيل الندرة والنادر ملحق بالعدم. ومن الفقهاء من قال لا يجوز إلاّ في طعام ولاية، لأن وهم الانقطاع فيما وراء ذلك ثابت، والسلم عقد جوز بخلاف القياس لكونه بيع المعدوم فتجب صيانته عن غرر الانقطاع ما أمكن. والصحيح أن الموضع المضاف إليه الطعام إن كان مما لا ينفد طعامه غالباً يجوز السلم فيه، سواء كان ولاية أو بلدة كبيرة، لأن الغالب في أحكام الشرع ملحق بالمتيقن، وإن كان مما يحتمل أن ينقطع طعامه فلا يجوز فيه السلم، كأرض بعينها أو قرية بعينها، لأنه إذا احتمل الانقطاع لا على سبيل الندرة لا تثبت القدرة على التسليم. وقد روى أن زيد بن شعبة لما أراد أن يسلم إلى رسول الله ﷺ قال: أسلم إليك في تمر نخلة بعينها، فقال عليه الصلاة والسلام أما في تمر نخلة بعينها فلا. وذكر في الأصل إذا أسلم في حنطة هراة لا يجوز، وأراد قرية من قرى الفرات المسماة بهراة. لأنه مما يحتمل انقطاع طعامه.

أما الثمن في السلم ـ رأس المال ـ فيجب فيه أيضاً بيان جنسه ونوعه وصفته، كدنانير نيسابورية جيدة وتمر برني وسط. ويجب أن يكون مقبوضاً في مجلس السلم، لأن المسلم فيه دين والافتراق لا عن قبض رأس المال يكون افتراقاً عن دين بدين، وأنه منهي عنه لما روي أن النبي عليه السلام نهى عن بيع الكالىء بالكالىء أي النسيئة بالنسيئة، ولأن مأخذ هذا العقد دليل على هذا الشرط سلماً فإنه يسمى سلماً وسلفاً لغة وشرعاً، تقول العرب أسلمت وأسلفت بمعنى واحد. ويشترط القبض سواء كان رأس المال ديناً أو عيناً عند عامة العلماء استحساناً، والقياس ألا يشترط القبض في المجلس إذا كان عيناً وهو قول مالك. وجه القياس أن اشتراط القبض للاحتراز عن الافتراق عن دين بدين، وهذا افتراق عن عين بدين وأنه جائز. وجه الاستحسان أن رأس مال السلم يكون ديناً عادة، ولا تجعل العين رأس مال السلم إلاّ نادراً، والنادر حكمه حكم الغالب فيلحق بالدين، ولأن مأخذ العقد في الدلالة على اعتبار هذا الشرط لا يوجب الفصل بين الدين والعين.

هذه هي أهم النصوص في الشروط الواجب توافرها في السلم، نقلناها ملخصة عن «**البدائع**» (٥/ ٢٠١ ـ ٢١٥). ويتبين منها أن السلم بما أحاطه من قيود أصبحت له سمة خاصة، يتميز بها عن سائر العقود. وأهم هذه القيود أربعة:

أولاً: يجب قبض رأس المال في مجلس العقد. وإلاّ كان السلم فاسداً.

ثانياً: يجب أن يكون السلم فيه موجوداً من وقت العقد إلى وقت حلول الأجل، ولا يجوز أن ينقطع فيما بين هذين الوقتين. وهذا الشرط الجوهري يعوض، في رأينا. انعدام المسلم فيه بالذات وقت العقد، فكأن السلم يرد لا على معدوم، بل على موجود، بالنوع لا بالذات. ويندرج تحت هذا الشرط أن يكون المسلم فيه مما لا يحتمل انقطاعه، فلا يجوز السلم في تمر نخلة بعينها ولا في محصول أرض بالذات، بل في الثمر جملة وفي المحصول عامة، وهذا من شأنه أن يجعل السلم غير صالح لإباحة بيع محصول مستقبل أي محصول أرض بالذات.

ثالثاً: لا يجوز السلم في العدديات المتفاوتة من الحيوان والجواهر واللآليء والبطيخ والقثاء والرمان والسفرجل ونحو ذلك.

رابعاً: يجب أن يكون هناك أجل معلوم للسلم، فالسلم الحال غير مرخص فيه لأنه بيع المعدوم في الحال، حتى لو ثبت أن المسلم إليه قادر على التسليم، والأجل المجهول، كوقت الحصاد، لا يجوز. فطبيعة السلم تقتضي التأجيل إلى أجل معلوم، لأنه بيع المفاليس كما تقول الفقهاء، وهو بيع بأوكس الأثمان، إذ البائع يبيع ما ليس عنده، فيضرب أجلاً للتسليم مع أنه يقبض الثمن في الحال، فلزم أن يكون الثمن دون المبيع في القيمة والفرق في مقابلة الأجل.

فالسلم بهذه القيود ليس مطلق بيع المعدوم كما قدمنا، بل هو بيع المعدوم في صورة خاصة من صوره. ولا يصلح، على هذا الوجه، أن يبيح بيع المعدوم حالاً إذا كان محقق الوجود مآلاً، في جميع الصور، بل ولا في أكثرها. ولو أن السلم تحلل من هذه القيود ـ وأمكن تأجيل دفع الثمن إلى وقت تسلم المبيع ولم يشترط عدم انقطاع المبيع من وقت البيع إلى وقت حلول الأجل ليجوز بيع محصول أرض بالذات ولم يشترط أن يكون في العدديات المتقاربة ليجوز فيما يتفاوت تفاوتاً فاحشاً، ولم يشترط الأجل المعلوم ليجوز بيع المعدوم في الحال أو بيعه إلى وقت الحصاد ـ

لأمكن القول أن السلم هو الطريق الذي يؤدي إلى جواز بيع المعدوم في الحال ما دام أنه محقق الوجود في المآل.

وقد سارت المذاهب الأخرى، غير المذهب الحنفي، شوطاً في محو هذه القيود:

١ ـ فعند مالك لا يشترط، كما رأينا، قبض رأس المال في مجلس العقد إذا كان رأس المال عيناً لا ديناً. ولكن لما كان الغالب أن يكون رأس المال ديناً، فلا يزال هذا القيد قائماً في الكثرة الغالبة من الأحوال حتى في مذهب مالك.

٢ ـ ولا يشترط، عند مالك والشافعي، عدم انقطاع المسلم فيه من وقت العقد إلى وقت حلول الأجل، بل يصح السلم في المعدوم إذا غلب على الظن وجوده وقت الوفاء، ولكن يسقط الأجل بموت البائع، ويشترط تعجيل الثمن إذا كان ديناً كما هو الغالب.

٣ ـ يصح السلم، عند مالك والشافعي، في العدديات المتفاوتة ما دام يمكن ضبطها بالوصف.

٤ ـ ويجوز السلم في الحال عند الشافعي، كما يجوز إلى أجل غير معلوم كوقت الحصاد عند مالك والشافعي وأحمد.

ونرى من ذلك أن القيد الذي لا يزال مستعصياً هو شرط تعجيل الثمن في مجلس العقد إذا كان ديناً، ويضاف إليه أن الأجل يسقط بموت البائع.

الاستثناء الثاني ـ الاستصناع:

الاستصناع هو أيضاً كالسلم ضرب من ضروب بيع المعدوم. ويختلف عن السلم في أن المبيع في السلم دين تحتمله الذمة، فهو من المكيلات أو الموزونات أو المزروعات أو العدديات المتقاربة به كما قدمنا أما البيع في الاستصناع فهو عين لا دين مكا في استصناع أثاث أو حياكة ثوب، ومع ذلك تكون العين مؤجلة تحتملها الذمة، ومن ثم كان جواز الاستصناع أبعد عن القياس من السلم. والبائع في الاستصناع هو الصانع، والمشتري هو المستصنع (بالكسر)، والمبيع هو المستصنع (بالفتح). وينعقد الاستصناع على العين لا على عمل الصانع، وبهذا يفارق الصانع الأجير المشترك.

ويشترط في جواز الاستصناع بيان جنس المستصنع ونوعه وقدره وصفته لأنه مبيع، فلا بد أن يكون معلوماً. ولما كان الاستصناع قد جاز استحساناً على خلاف القياس، لأن الناس تعاملوه في جميع الأعصار من غير نكير فكان إجماعاً منهم على الجواز، فهو لا يكون إلاّ فيما للناس فيه تعامل كالقلنسوة والخف والآنية ونحوها، فلا يجوز فيما لا تعامل لهم فيه كما إذا أمر حائكاً أن يحوك ثوباً بغزل نفسه ونحو ذلك مما لم تجر عادات الناس بالتعامل فيه، لأن جوازه مع أن القياس يأباه ثبت بتعامل الناس كما قدمنا فيختص بما لهم فيه تعامل، ويبقى فيما وراء ذلك موكولا إلى القياس.

وينعقد الاستصناع بالإيجاب والقبول من المستصنع والصانع. ويمر على مرحلتين الأولى من

وقت انعقاده إلى وقت رؤية المستصنع للشيء المصنوع، والثانية هي التي تلي هذه الرؤية. ففي المرحلة الأولى يكون العقد غير لازم من جهة كل من المتعاقدين، حتى كان للصانع أن يمتنع من الصنع أو أن يبيع المصنوع قبل أن يراه المستصنع، وكان للمستصنع أن يرجع أيضاً في العقد قبل رؤيته للشيء المصنوع. ذلك أن القياس هو ألا يجوز الاستصناع أصلاً، إلاّ أن جوازه ثبت استحساناً بخلاف القياس لحاجة الناس، وحاجتهم قبل الصنع أو بعده قبل رؤية المصنوع والرضا به أقرب إلى الجواز دون اللزوم، فيبقى اللزوم قبل ذلك على أصل القياس. وفي المرحلة الثانية، بعد رؤية المستصنع للشيء المصنوع، يكون الخيار للمستصنع لا للصانع. ذلك أن الشيء المصنوع، وإن كان معدوماً حقيقة، لكنه جعل موجوداً شرعاً حتى جاز العقد استحساناً، ومن اشترى شيئاً لم يره فهو بالخيار إذا رآه. أما الصانع فقد باع شيئاً لم يره، فلا خيار له. هذا إلى أن إلزام حكم العقد في جانب المستصنع إضرار به، لأن من الجائز ألا يلائمه المصنوع ولا يرضى به، فلو لزمه وهو مطالب بثمنه، احتاج إلى بيعه من غيره ولا يشتري منه بمثل قيمته، فيتضرر به. وليس في الإلزام في جانب الصانع ضرر، لأنه إن لم يرض به المستصنع أمكن الصانع أن يبيعه من غيره بمثل قيمته، وذلك ميسر عليه لكثرة ممارسته. وروى عن أبي يوسف أنه لا خيار لأي منهما في كل من المرحلتين: لا خيار للصانع، ويجب عليه المضي في العمل وتسليم المصنوع للمستصنع لأنه بائع، ولا خيار للبائع إذا باع ما لم يره. ولا خيار للمستصنع قبل رؤية الشيء ولا بعد رؤيته إذا أتى الصانع بالمطلوب وفق الشروط والأوصاف، لما يترتب على ثبوت الخيار له من الإضرار بالصانع، إذ يكون الصانع قد أفسد متاعه وفرى جلده وأتى بالمصنوع على الصفة المشروطة ثم لا يمضي المستصنع في الصفقة.

هذا إذا استصنع شيئاً ولم يضرب له أجلاً. فإذا ما ضرب له أجلاً، فإنه ينقلب سلماً عند أبي حنيفة، فلا يجوز إلاّ بشرائط السلم، فيجب تعجيل الثمن ويصح فيما لا تعامل فيه ولا خيار لواحد منهما كما في السلم. وعند الصاحبين هو على حاله استصناع، وذكر الأجل للتعجيل. وجه قولهما أن هذا استصناع حقيقة، فلو صار سلماً إنما يصير بذكره المدة، وأنه قد يكون للاستعجال كما في الاستصناع، فلا يخرج عن كونه استصناعاً مع الاحتمال. ولأبي حنيفة أن الأجل في البيع من الخصائص اللازمة للسلم، فذكره يكون ذكراً للسلم معنى وإن لم يذكره صريحاً، كالكفالة بشرط براءة الأصيل أنها حوالة معنى وإن لم يأت بلفظ الحوالة (انظر في كل ما تقدم **«البدائع»** ٥/ ٢٠٩ - ٢١٠).

ويبين مما تقدم أن الاستصناع كالسلم صورة خاصة من صور بيع المعدوم، أجيزت استحساناً للحاجة ولتعامل الناس. وهي لا تستغرق كل الصور التي تقتضيها حاجة التعامل، لأنها مقصورة على استصناع شيء غير موجود جرى التعامل على استصناعه، فهي من هذا الوجه صورة أخص من السلم، ثم إن الاستصناع، حتى في صورته الخاصة هذه، يشوبه عيبان:

١ - هو عقد غير لازم في مرحلته الأولى كما رأينا، فهو أقرب للعدة منه للبيع، حتى قال بعض الفقهاء إنه عدة ولعل السبب في عدم لزومه هو أن الشيء معدوم عند التعاقد، فلا يلزم الصانع إلاّ بعد أن يتم صنعه فيوجد على الكمال، ولا يلزم المستصنع إلاّ بعد أن يراه كاملاً

فيرضاه. على أن أبا يوسف كان سديد الرأي حين قال بلزوم الاستصناع لكل من المتعاقدين منذ البداية.

٢ ـ ثم هو يصبح سلماً، بما يقتضيه السلم من وجوب تعجيل الثمن، إذا حدد له أجل معلوم. والأولى هنا الأخذ برأي الصاحبين من أن الاستصناع إذا ضرب له أجل يبقى على حاله استصناعاً.

النهي عن بيع المعدوم إنما هو للغرر لا للعدم:

ولسنا نرى علاج الأمر في بيع المعدوم إلاّ من ناحية المبدأ ذاته. فقد رأينا أن الاستثناءات التي أقرها الفقهاء لا تكفي في هذا العلاج. والصحيح في رأينا، أن الشرع الإسلامي لم يحرم بيع المعدوم إلاّ بقدر ما ينطوي عليه من الغرر، فبيع المعدوم باطل للغرر لا للعدم، فالأصل إذن هو الغرر. فإن كان فاحشاً كان البيع باطلاً وجد المبيع أو انعدم، وإن كان الغرر يسيراً كان البيع صحيحاً وجد المبيع أو انعدم. فالعبرة ليست بالتعامل في معدوم، بل هي بانطواء التعامل على غرر فاحش، ومن ثم إذا بيع المعدوم جزافاً ولو كان محقق الوجود في المستقبل، فإن البيع في هذه الحالة قد ينطوي على غرر فاحش فيكون باطلاً. إما إذا بيع المعدوم بسعر الوحدة، وكان محقق الوجود في المستقبل، فإن الغرر هنا يكون لا شك يسيراً، وكان ينبغي أن يصح البيع، وسيجيء بيان ذلك فيما يلي.

ولابن القيم في أعلام الموقعين (١/ ٣٥٧ ـ ٣٦١) قول سديد قوي في هذا المعنى، نورده فيما يأتي: «وأما المقدمة الثانية، وهي أن بيع المعدوم لا يجوز، فالكلام عليها من وجهين.

أحدهما: منع صحة هذه المقدمة، إذ ليس في كتاب الله ولا في سنة رسول الله ﷺ ولا في كلام أحد من الصحابة أن بيع المعدوم لا يجوز، لا بلفظ عام ولا بمعنى عام. وإنما في السنة النهي عن بيع بعض الأشياء التي هي معدومة، كما فيها النهي عن بيع بعض الأشياء الموجودة. فليست العلة في المنع لا العدم ولا الوجود، بل الذي وردت به السنة النهي عن بيع الغرر، وهو ما لا يقدر على تسليمه سواء كان موجوداً أو معدوماً، كبيع العبد الآبق والبعير الشارد وإن كان موجوداً. إذ موجب البيع تسليم المبيع، فإذا كان البائع عاجزاً عن تسليمه فهو غرر ومخاطرة وقمار، فإنه لا يباع إلاّ بوكس، فإن أمكن المشتري تسلمه كان قد قمر البائع، وإن لم يمكنه ذلك قمره البائع. وهكذا المعدوم الذي هو غرر، نهي عنه للغرر لا للعدم، كما إذا باعه ما تحمل هذه الأمة أو هذه الشجرة، فالمبيع لا يعرف وجوده ولا قدره ولا صفته، وهذا من الميسر الذي حرمه الله ورسوله. ونظير هذا في الإجارة أن يكريه دابة لا يقدر على تسليمها سواء كانت موجودة أو معدومة. وكذلك في النكاح إذا زوجه أمة لا يملكها أو ابنة لم تولد له، وكذلك سائر عقود المعاوضات. بخلاف الوصية فإنها تبرع محض، فلا غرر في تعلقها بالموجود والمعلوم وما يقدر على تسليمه إليه وما لا يقدر. وطرده الهبة إذ لا محذور في ذلك فيها، وقد صح عن النبي ﷺ هبة المشاع المجهول في قوله لصاحب كبة الشعر حين أخذها من المغنم وسأله أن يهبها له فقال: أما ما كان لي ولبني عبد المطلب فهو لك.

الوجه الثاني: أن نقول بل الشرع صحح بيع المعدوم في بعض المواضع، فإنه أجاز بيع الثمر بعد بدو صلاحه والحب بعد اشتداده... والنبي ﷺ جوز بيع الثمرة بعد بدو الصلاح مستحقة الإبقاء إلى كمال الصلاح، ولم يجعل موجب العقد القبض في الحال بل القبض المعتاد عند انتهاء صلاحها، ودخل فيما إذن فيه بيع ما هو معدوم لم يخلق بعد... ومن هذا الباب بيع المقاثىء والمباطخ والباذنجان، فمن منع بيعه إلاّ لقطة لقطة قال لأنه معدوم فهو كبيع الثمرة قبل ظهورها، ومن جوزه كأهل المدينة، وبعض أصحاب أحمد فقولهم أصح، فإنه لا يمكن بيعها إلاّ على هذا الوجه. ولا تتميز اللقطة المبيعة من غيرها، ولا تقوم المصلحة ببيعها كذلك، ولو كلف الناس به لكان أشق شيء عليهم وأعظمه ضرراً، والشريعة لا تأتي به. وقد تقدم أن ما لا يباع إلاّ على وجه واحد لا ينهي الشارع عن بيعه، وإنما نهى الشارع عن بيع الثمار قبل بدو الصلاح لإمكان تأخير بيعها إلى وقت بدو الصلاح. ونظير ما نهي عنه وأذن فيه بيع المقاثىء إذا بدا الصلاح فيها، ودخول الأجزاء والأعيان التي لم تخلق بعد كدخول أجزاء الثمار وما يتلاحق في الشجر منها، ولا فرق بينهما ألبتة».

فالمحظور إذن هو بيع الغرر لا بيع المعدوم، ويبقى أن يحدد ما هو الغرر وما هي أقسامه وما الذي يفسد منها العقد وما الذي لا يؤثر في صحته. وهذا ما ننتقل الآن إليه في الكلام في الشيء غير محقق الوجود في المستقبل.

٣ - الشيء غير موجود أصلاً وقت التعاقد أو موجود في أصله وهو غير محقق الوجود في المستقبل

دخول عنصر الغرر:

إذا كان الشيء محل التعامل غير موجود أصلاً وقت التعاقد، أو كان موجوداً في أصله، ولكنه في الحالتين غير محقق الوجود في المستقبل، فإن له خطر المعدوم، ومن ثم يدخل عنصر الغرر، من ذلك بيع اللبن في الضرع، وبيع حمل الدابة في بطنها، وبيع المضامين والملاقيح، وبيع الملامسة والمنابذة والحصاة، كل هذه بيوع تمكن فيها عنصر الغرر الفاحش، فهي كالمقامرة لا تجوز.

والنصوص في هذا المعنى كثيرة. من ذلك ما جاء في **«المبسوط»** (١٢/ ١٩٤): «ولا يجوز شراء اللبن في الضرع كيلاً ولا مجازفة بدراهم أو غير ذلك، لنهي النبي ﷺ عن الغرر. والغرر ما يكون مستور العاقبة، ولا يدري أن ما في الضرع ريح أو دم أو لبن. ولأن البيع يختص بعين مال متقوم بنفسه، واللبن في الضرع بمنزلة الصفة في الحيوان، ولا يكون مالاً متقوماً بنفسه قبل الحلب، وأوصاف الحيوان لا تقبل البيع كاليد والرجل. ولأن اللبن يزداد ساعة فساعة، وتلك الزيادة لا يتناولها البيع، واختلاط المبيع بما ليس بمبيع من ملك البائع على وجه يتعذر تمييزه مبطل للبيع ثم تتمكن المنازعة بينهما في التسليم، لأن المشتري يستعصى في الحلب والبائع يطالبه بترك داعية اللبن. وكذلك بيع أولادها في بطونها لا يجوز لمعنى الغرر وانعدام المالية والتقوم فيه

قبل الانفصال وعجز البائع عن تسليمه. واستدل بنهي رسول الله ﷺ عن بيع حبل الحبلة، منهم من يروي بالكسر الحبلة فيتناول بيع الحمل، ومنهم من يروي بالنصب الحبلة فيكون المراد بيع ما يحمل هذا الحمل بأن ولدت الناقة ثم حبلت ولدها فالمراد بيع حمل ولدها. وقد كانوا في الجاهلية يعتادون ذلك، فأبطل ذلك كله رسول الله ﷺ بنهيه عن بيع المضامين والملاقيح وعن بيع حبل الحبلة. قيل المضامين ما تتضمنه الأصلاب والملاقيح ما تتضمنه الأرحام». وقيل على عكس هذه المضامين ما تتضمنه الأرحام والملاقيح ما تتضمنه الأصلاب ومن ذلك أيضاً ما جاء في **«بداية المجتهد»** (٢/ ١١٢): «ومن البيوع التي توجد فيها هذه الضروب من الغرر بيوع منطوق بها، وبيوع مسكوت عنها والمنطوق به أكثره متفق عليه، وإنما يختلف في شرح أسمائها، والمسكوت عنه مختلف فيه. ونحن نذكر أولاً المنطوق به في الشرع وما يتعلق به من الفقه، ثم نذكر بعد ذلك من المسكوت عنه ما شهر الخلاف فيه بين فقهاء الأمصار، ليكون كالقانون في نفس الفقه، أعني في رد الفروع إلى الأصول. فأما المنطوق به في الشرع، فمنه نهيه ﷺ عن بيع حبل الحبلة. ومنها نهيه عن بيع ما لم يخلق، وعن بيع الثمار حتى تزهى، وعن بيع الملامسة والمنابذة، وعن بيع الحصاة، ومنها نهيه عن المعاومة، وعن بيعتين في بيعة، وعن بيع وشرط وعن بيع وسلف، وعن بيع السنبل حتى يبيض والعنب حتى يسود، ونهيه عن المضامين والملاقيح، أما بيع الملامسة فكانت صورته في الجاهلية أن يلمس الرجل الثوب ولا ينشره، أو يبتاعه ليلاً ولا يعلم ما فيه، وهذا مجمع على تحريمه، وسبب تحريمه الجهل بالصفة، وأما بيع المنابذة فكان أن ينبذ كل واحد من المتبايعين إلى صاحبه الثوب من غير أن يعين أن هذا بهذا، بل كانوا يجعلون ذلك راجعاً إلى الاتفاق. وأما بيع الحصاة فكانت صورته عندهم أن يقول المشتري أي ثوب وقعت عليه الحصاة التي أرمى بها فهو لي، وقيل أيضاً إنهم كانوا يقولون إذا وقعت الحصاة من يدي فقد وجب البيع، وهذا قمار. وأما بيع حبل الحبلة ففيه تأويلان: أحدهما أنها كانت بيوعاً يؤجلونها إلى أن تنتج الناقة ما في بطنها، ثم ينتج ما في بطنها، والغرر من جهة الأجل في هذا بين. وقيل إنما هو بيع جنين جنين الناقة، وهذا من باب النهي عن بيع المضامين والملاقيح، والمضامين هي ما في بطون الحوامل والملاقيح ما في ظهور الفحول. فهذه كلها بيوع جاهلية متفق على تحريمها، وهي محرمة من تلك الأوجه التي ذكرناها[1].

---

(١) وقد جاء في **«نهاية المحتاج»** إلى **«شرح المنهاج للرملي»** (٣/ ٤٣٢ - ٤٣٣) عن بيوع الملامسة والمنابذة والحصاة ما يأتي: «نهى رسول الله ﷺ. . . عن الملامسة، رواه الشيخان، بأن يلمس - بضم الميم وكسرها وما اشتهر على الألسنة من الفتح فلا وجه له لأنها في الماضي مفتوحة وليست حرف حلق - ثوباً مطوياً أو في ظلمة، ثم يشتريه على ألا خيار له إذا رآه، أو على أن يكتفي بلمسه عن رؤيته، أو يقول إذا لمسته فقد بعتكه اكتفاء بلمسه عن الصيغة، أو على أنه متى لمسه انقطع خيار المجلس أو الشرط. وعن المنابذة، بالمعجمة، رواه الشيخان، بأن يجعلا النبذ أي الطرح بيعاً اكتفاء به عن الصيغة، أو يقول إذا نبذته فقد بعتكه أو متى نبذته انقطع الخيار، أو على أنك تكتفي بنبذه عن رؤيته، وبطلانه لعدم الرؤية أو الصيغة أو الشرط الفاسد. وعن بيع الحصاة، رواه مسلم، بأن يقول بعتك من هذه الأثواب ما تقع هذه الحصاة عليه أو يجعلا الرمي لها بيعاً. . . ولك أولى أولنا الخيار إلى رميها».

ما هو الغرر ومتى يفسد العقد:

وقد صح عندنا أن الشرع الإسلامي إنما يحرم الغرر لا بيع المعدوم، كما تقدم القول. وفي النصوص السابقة رأينا بيوعاً تمكن فيها الغرر ففسدت، وبعضها المبيع فيه موجود وبعضها المبيع فيه معدوم أو على خطر المعدوم.

وننظر الآن ما هو الغرر ومتى يفسد العقد.

جاء في «**تهذيب الفروق**» (١/ ١٧٠ ـ ١٧١): «قسم مالك رحمه الله تعالى التصرفات ثلاثة أقسام:

أحدها: معاوضة صرفة يقصد بها تنمية المال، فاقتضت حكمة الشرع أن يجتنب فيها من الغرر والجهالة ما إذا فات المبيع به ضاع المال المبذول في مقابلته إلاّ ما دعت الضرورة إليه عادة. وذلك أن الغرر والجهالة كما يؤخذ مما مر ثلاثة أقسام:

أحدها: ما لا يحصل معه المعقود أصلاً.

والثاني: ما يحصل معه ذلك دنيا ونزرا.

والثالث: ما يحصل معه غالب المعقود عليه، فيجتنب الأولان ويغتفر الثالث وقسم أبو الوليد الغرر إلى ثلاثة أقسام، كثير وقليل ووسط، وجعل الكثير عبارة عن القسمين الأولين في هذا التقسيم، فقال في «**بداية المجتهد**» الفقهاء متفقون على أن الغرر الكثير في المبيعات لا يجوز، وأن القليل يجوز، ويختلفون في أشياء من أنواع الغرر...

وجاء في تذكرة الفقهاء للعلامة الحلى (مطبعة النجف سنة ١٩٥٥ ـ الجزء السابع القسم الأول ٤١ ـ ٤٢): «بيع الملامسة والمنابذة والحصاة باطل بالإجماع، لأن النبي صلى الله عليه وآله نهى عن ذلك كله. والملامسة أن يبيع شيئاً ولا يشاهده على أنه متى لمسه وقع البيع، وهو ظاهر كلام أحمد ومالك والأوزاعي. وله تفاسير ثلاثة:

١ ـ أنه يجعل اللمس بيعاً، بأن يقول صاحب الثوب للراغب: إذا لمست ثوبي فهو مبيع منك بكذا. وهو باطل بما فيه من التعليق، وقال بعض الشافعية إنه من صور المعاطاة.

٢ ـ وأن يأتي بثوب مطوي له في ظلمة فيلمسه الراغب، ويقول صاحب الثوب بعتك بكذا بشرط أن يقوم المسك مقام النظر ولا خيار لك إذا رأيته، فسره الشافعي، قال بعض الشافعية: إن أبطلنا بيع الغائب بطل، وإلاّ صح تخريجاً من تصحيح شرط نفي الخيار.

٣ ـ وأن يبيعه على أنه إذا لمسه وجب البيع وسقط خيار المجلس وغيره، ويُبطل عقده لفساد الشرط، والوجه عندي صحته إن كان قد نظره. والمنابذة قيل أن يجعل النبذ بيعاً، بأن يقول أنبذ إليك ثوبي بعشرة ثم ينبذه، ويكتفيان به بيعاً. وقيل أن يقول بعتك كذا بكذا على أنه إذا نبذته إليك فقد وجب البيع. قالتهما الشافعية. وظاهر كلام أحمد ومالك والأوزاعي أن يقول إذا نبذته إلي فقد اشتريته بكذا. وقيل طرح الرجل ثوبه بالبيع إلى الرجل قبل أن يقلبه أو ينظر إليه، والحصاة أن يقول: إرم هذه الحصاة فعلى أي ثوب وقعت فهو لك بكذا. وقيل أن يقول بعتك من هذه الأرض مقدار ما تبلغ هذه الحصاة إذا رميتها بكذا. وقيل أن يقول بعتك هذا بكذا على أني متى رميت هذه الحصاة وجب البيع. ولا نعلم خلافاً في بطلان الجميع».

القسم الثاني: ما هو إحسان صرف لا يقصد به تنمية المال، كالصدقة والهبة والإبراء، فاقتضت حكمة الشرع وحثه على الإحسان التوسعة فيه بكل طريق، بالمعلوم والمجهول، فإن ذلك أيسر لكثرة وقوعه قطعاً، وفي المنع من ذلك وسيلة إلى تقليله، مع أنه إذا وهب له عبده الآبق ولم يجده لا ضرر عليه لأنه لم يبذل شيئاً، وألحق مالك بهذا القسم الخلع نظراً لكون العصمة وإطلاقها ليس من باب ما يقسد بالمعاوضة بل شأن الطلاق أن يكون بغير شيء كالهبة.

القسم الثالث: ما لم يكن معاوضة صرفاً ولا إحساناً صرفاً كالنكاح، فهو من جهة أن المال ليس فيه مقصوداً وإنما المقصود منه المودة والألفة السكون يقتضي أن يجوز فيه الجهالة والغرر مطلقاً، ومن جهة أن صاحب الشرع اشترط فيه المال بقوله تعالى أن تبتغوا بأموالكم يقتضي امتناع الجهالة والغرر فيه. فلوجود الشبهين فيه توسط مالك، فجوز الغرر القليل. . . ولم يجز فيه الغرر الكثير. . . وعمم الشافعي المنع من الجهالة في جميع التصرفات ولو كانت إحساناً صرفاً كالهبة والصدقة والإبراء والخلع والصلح، إلاّ أن الأحاديث الصحيحة في نهيه عليه الصلاة والسلام عن بيع الغرر وعن بيع المجهول لما لم يرد فيها ما يعم هذه الأقسام حتى نقول يلزم من مذهب مالك مخالفة نصوص صاحب الشرع بخلاف مذهب الشافعي، بل إنما وردت في البيع ونحوه، كان ما ذهب إليه مالك رحمه الله تعالى فقهاً جميلاً، بخلاف ما ذهب إليه الشافعي. قلت والظاهر أن المراد بالغرر القليل المغتفر في النكاح هو ما لا يغتفر في نحو البيع وهو ما يحصل معه المعقود دنيا ونزرا، وما يغتفر فيه أيضاً وهو ما يحصل معه غالب المعقود عليه».

(انظر أيضاً في نفس المعنى «**الفروق**» ١/ ١٥٠ ـ ١٥١).

وجاء في «**الفروق**» (٣/ ٢٦٥ ـ ٢٦٦) في الفرق بين قاعدة المجهول وقاعدة الغرر: «اعلم أن العلماء قد يتوسعون في هاتين العبارتين، فيستعملون إحداهما موضع الأخرى. وأصل الغرر هو الذي لا يرى هل يحصل أم لا، كالطير في الهواء والسمك في الماء، وأما ما علم حصوله وجهلت صفته فهو المجهول، كبيعه ما في كمه، فهو يحصل قطعاً لكن لا يدري أي شيء هو. فالغرر والمجهول كل واحد منهما أعم من الآخر من وجه وأخص من وجه، فيوجد كل واحد منهما مع الآخر وبدونه. أما وجود الغرر بدون الجهالة فكشراء العبد الآبق المعلوم قبل الإباق لا جهالة فيه، وهو غرر لأنه لا يدري هل يحصل أم لا. والجهالة بدون الغرر كشراء حجر يراه لا يدري أزجاج هو أم ياقوت، مشاهدته تقتضي القطع بحصوله فلا غرر، وعدم معرفته تقتضي الجهالة به. وأما اجتماع الغرر والجهالة فكالعبد الآبق المجهول الصفة قبل الإباق. ثم الغرر والجهالة يقعان في سبعة أشياء في الوجود كالآبق بعد الإباق، والحصول إن علم الوجود كالطير في الهواء، وفي الجنس كسلعة لم يسمها، وفي النوع كعبد لم يسمه، وفي المقدار كالبيع إلى مبلغ رمي الحصاة، وفي التعيين كثوب من ثوبين مختلفين، وفي البقاء كالثمار قبل بدو صلاحها فهذه سبعة موارد للغرر والجهالة، ثم الغرر والجهالة ثلاثة أقسام: كثير ممتنع إجماعاً كالطير في الهواء، وقليل جائز إجماعاً كأساس الدار وقطن الجبة، ومتوسط اختلف فيه هل يلحق بالأول أو الثاني. فلارتفاعه عن القليل ألحق بالكثير، ولانحطاطه عن الكثير ألحق بالقليل، وهذا هو سبب اختلاف العلماء في

فروع الغرر والجهالة[١].

---

(١) وجاء في «بداية المجتهد» لابن رشد (١٢٩ ـ ١٣١): «ومن البيوع التي توجد فيها هذه الضروب من الغرر بيوع منطوق بها وبيوع مسكوت عنها. . وأماالمسائل المسكوت عنها في هذا الباب المختلف فيها بين فقهاء الأمصار، فكثيرة. لكن نذكر منها أشهرها، لتكون كالقانون للمجتهد النظار.

المسألة الأولى: المبيعات على نوعين. مبيع حاضر مرئي، فهذا لا خلاف في بيعه، ومبيع غائب أو متعذر الرؤية، فهنا اختلف العلماء. فقال قوم بيع الغائب لا يجوز بحال من الأحوال، لا ما وصف ولا ما لم يوصف، وهذا أشهر أقوال الشافعي، وهو المشهور عند أصحابه، أعني أن بيع الغائب على الصفة لا يجوز. وقال مالك وأكثر أهل المدينة: يجوز بيع الغائب على الصفة إذا كانت غيبته مما يؤمن أن تتغير فيه قبل القبض صفته. وقال أبو حنيفة: يجوز بيع العين الغائبة من غير صفة، ثم له إذا رآها الخيار، فإن شاء أنفذ البيع، وإن شاء ردّه وكذلك المبيع على الصفة من شرطه عندهم خيار الرؤية وإن جاء على الصفة. وعند مالك أنه إذا جاء على الصفة فهو لازم. وعند الشافعي لا ينعقد البيع أصلاً في الموضعين. . . وسبب الخلاف على نقصان العلم المتعلق بالصفة عن العلم المتعلق بالحس هو جهل مؤثر في بيع الشيء فيكون من الغرر الكثير، أم ليس بمؤثر وأنه من الغرر اليسير المعفو عنه. فالشافعي رآه من الغرر الكثير، ومالك رآه من الغرر اليسير، وأما أبو حنيفة فإنه رأى أنه إذا كان له خيار الرؤية أنه لا غرر هناك وإن لم تكن له رؤية، وأما مالك فرأى أن الجهل المقترن بعدم الصفة مؤثر في انعقاد البيع، ولا خلاف عند مالك أن الصفة إنما تنوب عن المعاينة لمكان غيبة المبيع أو لمكان المشقة التي في نشره وما يخاف أن يلحقه من الفساد بتكرار النشر عليه، ولهذا أجاز البيع على البرنامج على الصفقة، ولم يجز عنده بيع السلاح في جرابه ولا الثوب المطوي في طيه حتى ينشر أو ينظر إلى ما في جرابها. . . ولا بد عند أبي حنيفة من اشتراط الجنس. ويدخل البيع على الصفة أو على خيار الرؤية من جهة ما هو غائب غرر آخر، وهل هو موجود وقت العقد أو معدوم، ولذلك اشترطوا فيه أن يكون قريب الغيبة إلاّ أن يكون مأموناً كالعقار. ومن ههنا أجاز مالك بيع الشيء برؤية متقدمة، أعني إذا كان من القرب بحيث يؤمن أن تتغير فيه.

المسألة الثانية: وأجمعوا على أنه لا يجوز بيع الأعيان إلى أجل، وأن من شرطها تسليم المبيع. إلى المبتاع بأثر عقد الصفقة. وإنما منع ذلك الجمهور لما يدخله من الدين بالدين ومن عدم التسليم، ويشبه أن يكون بيع الدين بالدين من هذا الباب، أعني لما يتعلق بالغرر من عدم التسليم من الطرفين لا من باب الربا.

المسألة الثالثة: أجمع فقهاء الأمصار على بيع الثمر الذي يثمر بطناً واحداً يطيب بعضه وإن لم تطب جملته معاً، واختلفوا فيما يثمر بطوناً مختلفة. . . والأصل عند (مالك) أن من الغرر ما يجوز لموضع الضرورة.

المسألة الرابعة: اللفت والجزر والكرنب جائز عند مالك بيعه إذا بدا صلاحه وهو استحقاقه للأكل، ولم يجزه الشافعي إلاّ مقلوعاً لأنه من باب بيع المغيب. ومن هذا الباب بيع الجوز واللوز والباقلا في قشره، أجازه مالك ومنعه الشافعي. والسبب في اختلافهم هل هو من الغرر المؤثر في البيوع أم ليس من المؤثر، وذلك أنهم اتفقوا أن الغرر ينقسم بهذين القسمين، وأن غير المؤثر هو اليسير أو الذي تدعو إليه الضرورة أو ما جمع الأمرين.

المسألة الخامسة: ومن هذا الباب بيع السمك في الغدير أو البركة، اختلفوا فيه أيضاً، فقال أبو حنيفة يجوز، ومنعه مالك، والشافعي فيما أحسب وهو الذي تقتضي أصوله. ومن ذلك بيع الآبق، أجازه قوم بإطلاق، ومنعه قوم بإطلاق ومنهم الشافعي، وقال مالك إذا كان معلوم الصفة معلوم الموضع عند البائع والمشتري جاز، وأظنه اشترط أن يكون معلوم الإباق ويتواضعان الثمن أعني أنه لا يقبضه البائع حتى يقبضه المشتري، لأنه يتردد عند العقد بين بيع وسلف، وهذاأصل من أصوله يمنع به النقد في بيع المواضعة وفي بيع الغائب

وجاء في «**القوانين الفقهية**» لابن جزي (٢٥٦ ـ ٢٥٧): «في بيع الغرر وهو ممنوع للنهي، إلاّ أن يكون يسيراً جدّاً فيغتفر»[١].

غير المأمون وفيما كان من هذا الجنس. وممن قال بجواز بيع الآبق والبعير الشارد عثمان البتى.. وأجاز مالك بيع لبن الغنم أياماً معدودة إذا كان ما يحلب منها معروفاً في العادة، ولم يجز ذلك في الشاة الواحدة. وقال سائر الفقهاء لا يجوز ذلك إلاّ بكيل معلوم بعد الحلب. ومن هذا الباب يمنع مالك بيع اللحم في جلده. ومن هذا الباب بيع المريض، أجازه مالك إلاّ أن يكون ميئوساً منه، ومنعه الشافعي وأبو حنيفة وهي رواية أخرى عنه، ومن هذا الباب بيع تراب المعدن والصواغين فأجاز مالك بيع تراب المعدن بنقد يخالفه أو بعرض ولم يجز بيع تراب الصاغة، ومنع الشافعي البيع في الأمرين جميعاً، وأجازه قوم في الأمرين جميعاً وبه قال الحسن البصري».

(١) ويمضي ابن جزى فيما بدأ به فيقول: «والغرر الممنوع على عشرة أنواع:

النوع الأول: تعذر التسليم كالبعير الشارد، ومنه بيع الجنين في البطن دون بيع أمه، وكذلك استثناؤه في بطن أمه، وكذلك بيع ما لم يخلق كبيع حبل حبلة وهو نتاج ما تنتج الناقة وبيع المضامين وهي ما في ظهور الفحول.

النوع الثاني: الجهل بجنس الثمن أو المثمون، كقوله بعتك ما في كمي.

النوع الثالث: الجهل بصفة أحدهما، كقوله بعتك ثوباً من منزلي أو بيع شيء من غير تقليب ولا وصف ـ يجوز في المذهب بيع الشيء الغائب على الصفة أو رؤية متقدمة، وأجازه أبو حنيفة من غير صفة ولا رؤية، ومنعه الشافعي مطلقاً. ويشترط في المذهب في البيع على الصفة خمسة شروط: الأول ألا يكون بعيداً جداً كالأندلس وأفريقية. الثاني ألا يكون قريباً جداً كالحاضر في البلد. الثالث أن يصفه غير البائع. الرابع أن يحصر بالأوصاف المقصودة كلها. الخامس ألا ينقد ثمنه بشرط ألا يكون في المأمون كالعقار، ويجوز النقد من غير شرط. ثم إن خرج المبيع على حسب الصفقة والرؤية لزم البيع، وإن خرج على خلاف ذلك فللمشتري الخيار ـ يجوز بيع ما في الأعدال من الثياب على وصف البرنامج، بخلاف الثوب المطوي دون تقليب.

النوع الرابع: الجهل بمقدار أحدهما، كقوله بعت منك بسعر اليوم أو بما يبيع الناس أو بما يقول فلان، إلاّ بيع الجزاف وقد تقدم، ولا تجوز بيع القمح في سنبله للجهل به ويجوز بيعه مع سنبله خلافاً للشافعي. وكذلك لا يجوز بيعه في تبنه، ويجوز بيعه مع تبنه، ولا يجوز بيع تراب الصاغة، ويجوز بيع الفول الأخضر والجوز واللوز في القشر الأعلى، خلافاً للشافعي.

النوع الخامس: الجهل بالأجل كقوله إلى قدوم زيد أو إلى موت عمرو. ويجوز أن يقول إلى الحصاد أو إلى معظم الدراس أو إلى شهر كذا، ويحمل على وسطه.

النوع السادس: بيعتان في بيعة، وهو أن يبيع مثموناً واحداً بأحد ثمنين مختلفين، أو يبيع أحد مثمونين بثمن واحد. فالأول أن يقول بعتك هذا الثوب بعشرة نقداً أو بعشرين إلى أجل، على أن البيع قد لزم في أحدهما. والثاني أن يقول بعتك أحد هذين الثوبين بكذا، على أن البيع قد لزم في أحدهما.

النوع السابع: بيع ما لا ترجى سلامته، كالمريض في السباق.

النوع الثامن: بيع الحصاة، وهو أن يكون بيده حصاً فإذا سقطت وجب البيع.

النوع التاسع: بيع المنابذة، وهو أن ينبذ أحدهما ثوبه إلى الآخر وينبذ الأخر ثوبه إليه فيجب البيع بذلك.

النوع العاشر: بيع الملامسة، وهو أن يلمس الثوب فيلزمه البيع بلمسه وإن لم يتبينه».

ويتبين من النصوص المتقدمة أن هناك فرقاً بين الغرر وبيع المجهول. فبيع الغرر هو الذي لا يعلم هل يحصل أم لا، كبيع الطير في الهواء والسمك في الماء. وأما بيع ما علم حصوله وجهلت صفته فهو بيع المجهول، كبيعه ما في كمه. على أن الفقهاء كثيراً ما يخلطون ما بين بيع الغرر وبيع المجهول، فيستعملون الواحد موضع الآخر.

والغرر يوجد من جهة الجهل على أوجه: فالجهل بوجود المعقود عليه، أو بحصوله إن وجد، أو بجنسه، أو بنوعه، أو بصفته، أو بمقداره، أو بتعيينه، أو ببقائه، أو بالأجل المضروب له، كل هذا جهل يوجب الغرر.

ثم إن الغرر ينقسم، من حيث تأثيره في صحة العقد، إلى قسمين: غرر مؤثر وغرر غير مؤثر، فالغرر المؤثر هو ما يفسد العقد، والغرر غير المؤثر هو: ما لا يؤثر في صحة العقد بل يبقى العقد معه صحيحاً.

وفي المعاوضات، يكون الغرر مؤثراً ـ أي مفسداً للعقد ـ إذا كان غرراً كثيراً لا تدعو له الضرورة. أما إذا كان الغرر يسيراً، أو كان كثيراً ولكن تدعو له الضرورة، فلا تأثير له في صحة العقد. وهناك غرر ما بين الكثير واليسير، فلارتفاعه عن اليسير يلحقه بعض الفقهاء بالكثير، ولانحطاطه عن الكثير يلحقه بعض الفقهاء باليسير.

أما في التبرعات، فلا يكون الغرر، مهما كان كثيراً، مؤثراً في صحتها. وذلك أنه لا ضرر من الغرر، ولو كان كثيراً، على من يتلقى التبرع، لأنه لم يبذل شيئاً يخشى ضياعه من جراء الغرر.

وعقد الزواج ـ وهو ليس معاوضة صرفاً أو تبرعاً صرفاً بل بين بين ـ يغتفر فيه من الغرر أكثر مما يغتفر في المعاوضات وأيسر مما يغتفر في التبرعات، للتوسط بين هذين الطرفين

على أن معايير الغرر ـ الغرر الكثير والغرر اليسير والغرر المتوسط والغرر الذي تدعو له الضرورة ـ تختلف في تطبيقاتها في بيئة عن بيئة، وفي عصر عن عصر[1]. بل تختلف الأنظار أيضاً

---

(١) من ذلك ما ذكر ابن رشد في **«بداية المجتهد»** (٢/ ١٣٠) من أن الفقهاء قد أجمعوا على عدم جواز بيع الأعيان إلى أجل لما يتعلق به من الغرر، ويقولون إن موجب العقد التسليم في الحال. ويفند، ابن القيم في **«أعلام الموقعين»** (١/ ٣٥٩ ـ ٣٦٠) هذا الرأي على الوجه الآتي: «وقوله إن موجب العقد التسليم في الحال: جوابه أن موجب العقد إما أن يكون ما أوجبه الشارع بالعقد أو ما أوجب المتعاقدان مما يسوغ لهما أن يوجباه، وكلاهما منتف في هذه الدعوى، فلا الشارع أوجب أن يكون كل مبيع مستحق التسليم عقيب العقد، ولا العاقدان إلتزما ذلك، بل تارة يعقدان العقد على هذا الوجه، وتارة يشترطان التأخير إما في الثمن وإما في التسليم. وقد يكون للبائع غرض صحيح ومصلحة في تأخير التسليم للمبيع.. وقد اتفق الأئمة على صحة بيع الأمة المزوجة، وإن كانت منفعة البضع للزوج ولم تدخل في البيع. واتفقوا على جواز تأخير التسليم إذا كان العرف يقتضيه، كما إذا باع مخزناً له فيه متاع كثير لا ينقل في يوم ولا أيام، فلا يجب عليه جمع دواب البلد ونقله في ساعة واحدة بل قالوا أن هذا مستثنى بالعرف. فيقال وهذا من أقوى الحجج عليكم، فإن المستثنى بالشرط أقوى من المستثنى بالعرف، كما أنه أوسع من المستثنى بالشرع فإنه يثبت بالشرط ما لا يثبت بالشرع، كما أن الواجب بالنذر أوسع من الواجب بالشرع. وأيضاً فقولكم إن موجب العقد استحقاق التسليم

في البيئة الواحدة والعصر الواحد. فبيع الغائب على الصفة لا يجوز عند الشافعي، لأنه يرى أن الغرر فيه كثير. ويجوز عند أبي حنيفة مع خيار الرؤية، ويجوز عند مالك لازماً من غير خيار إذا كانت غيبته مما يؤمن أن تتغير فيه قبل القبض صفته. وسبب الخلاف بين أبي حنيفة ومالك على نقصان العلم المتعلق بالصفة عن العلم المتعلق بالحس هو جهل مؤثر في بيع الشيء فيكون من الغرر الكثير، أم ليس بمؤثر فيكون من الغرر اليسير. فأبو حنيفة يراه غرراً كثيراً مؤثراً فيجيز خيار الرؤية، ومالك يراه غرراً يسيراً غير مؤثر فيجعل البيع لازماً. وبيع ما يثمر بطوناً مختلفة متلاحقة اختلف في صحته الفقهاء على النحو الذي قدمناه، فمالك يذهب إلى صحته ويرى أن الغرر فيه يسير، والمذاهب الأخرى لا تجيز إلاّ بيع ما ظهر من البطون أما بيع ما لم يظهر فلا يجوز إذ ترى أن الغرر فيه كثير. وبيع ما يغيب بعضه في الأرض كاللفت والجزر والكرنب، وما يختفي في قشره كالجوز واللوز، على هذا الخلاف، فهو جائز عند مالك لأن الغرر عنده فيه يسير، وغير جائز عند الشافعي لأن الغرر عنده فيه كثير. وعلى هذا الخلاف أيضاً بيع السمك في الغدير أو البركة، وبيع العبد الآبق، وبيع لبن الغنم، وبيع المريض غير الميؤس من شفائه، وبيع تراب المعدن وتراب الصاغة، وما إلى ذلك مما يقع فيه الغرر، فتتفاوت الأنظار هل هو غرر كثير فلا يجوز البيع، أو هو غرر يسير فيجوز.

ولا شك في أن لتغير البيئة والعصر ولتطور الحضارة تأثيراً كبيراً في تطبيق معايير الغرر. وفي عصرنا هذا ينبغي أن يكون نظرنا إلى الغرر ينطوي على شيء من التسامح، فما كان غرراً لا يغتفر في العصور الماضية يصبح الآن بعد تطور النظم الاقتصادية من الغرر اليسير الذي يغتفر.

على أن الواجب يقتضينا أن نسجل هنا للفقه الإسلامي حسنة من حسناته الكبرى. فهو قد اتخذ للغرر معايير مرنة، أمكن معها تغاير الحلول عند تفاوت الظروف واختلاف الملابسات. فيستطيع الفقه الإسلامي من وراء هذه المعايير، مسايرة الحضارات المتطورة في كل عصر. ولا شك في أن النظام القانوني الذي يتخذ المعايير المرنة ـ دون القواعد الجامدة ـ إنما يدل بذلك على تقدم كبير في الصناعة القانونية يجاري بها ما يستحدثه التطور، وعلى حيوية عظيمة تكمن فيه

عقيبه. أتعنون أن هذا موجب العقد المطلق أو مطلق العقد؟ فإن أردتم الأول فصحيح. وإن أردتم الثاني فممنوع، فإن مطلق العقد ينقسم إلى المطلق والمقيد، وموجب العقد المقيد ما قيد به، كما أن موجب العقد المقيد بتأجيل الثمن وثبوت خيار الشرط والرهن والضمين هو ما قيد به، وإن كان موجبه عند إطلاقه خلاف ذلك، فموجب العقد المطلق شيء وموجب العقد المقيد شيء. والقبض في الأعيان. والمنافع كالقبض في الدين، والنبي ﷺ جوز بيع الثمرة بعد بدو الصلاح مستحقة الإبقاء إلى كمال الصلاح، ولم يجعل موجب العقد القبض في الحال، بل القبض المعتاد عند انتهاء صلاحها.

وقد رأينا أن السبب في عدم جواز بيع الأعيان إلى أجل لا يرجع إلى الغرر، بل يرجع إلى اعتبارات معروفة في الصياغة الفنية في الفقه الإسلامي. فالتأجيل لا يكون إلاّ في الديون إذ هي التي تحتملها الذمة، أما الأعيان، فلا تحتملها الذمة فلا يجوز في القياس تأجيلها. على أننا سنعود إلى تأصيل قاعدة أن الأعيان لا يجوز تأجيلها في الفقه الإسلامي في موضع آخر.

فتجعله صالحاً للبقاء في العصور المتعاقبة.

تطبيق المعايير المتقدمة على بيع الشيء غير محقق الوجود في المستقبل:

بقي أن نطبق معايير الغرر المتقدمة على الحالة التي نحن بصددها، وهي حالة بيع الشيء غير محقق الوجود في المستقبل.

فاللبن في الضرع، والحمل في بطن الحيوان، والسمك في البحر، والطير في السماء، كل هذا له خطر المعدوم، إذ هو غير محقق الوجود في المستقبل.

فقد يكون الضرع منتفخاً لورم، وقد يولد الحمل ميتاً، وقد لا يخرج في الشبكة شيء من السمك أو يخرج شيء قليل أو شيء كثير، وقد لا يقع الطير عند الصيد أو يقع منه شيء قليل أو شيء كثير. فإذا اشترى المشتري شيئاً من ذلك جزافاً، على أنه قد يوجد وقد لا يوجد، وقد اشترى في الحالتين بثمن معين، فهذا عقد احتمالي ينطوي على كثير من الغرر، إذ يغبن فيه المشتري إذا لم يوجد المبيع، ويكون هو الغابن إذا وجد المبيع على الوجه الذي يرجوه. فهو ضرب من المقامرة، ومن ثم لا يجوز.

أما اشترى المشتري بسعر الوحدة، أو اشترى الشيء بحسب الكيل أو الوزن أو نحو ذلك. فإنه يكون قد اشترى المبع معلقاً على شرط الوجود، ولا يدفع من الثمن إلاّ بمقدار ما يأخذ من المبيع، فإذا أجزنا التعليق في هذه الحالة وينبغي أن يجوز، فإن الغرر يكون حينئذٍ منتفياً أو هو غرر يسير ليس من شأنه أن يؤثر في صحة العقد. وما دام المبيع قد وصف على نحو يجعله منضبطاً، فإن وجد على الوصف فلا غبن على المشتري ولا غرر، وإن لم يوجد أو وجد على غير الوصف فالبيع باطل.

من ذلك لا نرى ما يمنع ـ من ناحية الأصل الذي قام عليه بيع المعدوم في الفقه الإسلامي وهو الغرر، ومن ناحية التطبيق الصحيح لمعايير الغررالتي تقدم ذكرها ـ من التمييز في الفقه الإسلامي بين فروض ثلاثة:

١ ـ التعامل في التركات المستقبلة، ويكون باطلاً لما يقع فيه عادة من الغبن والغرر.

٢ ـ التأمل فيما هو غير محقق الوجود في المستقبل غير التركات المستقبلة، إذا كان التعامل احتماليّاً جزافاً، ويكون باطلاً أيضاً لما يقع فيه من الغبن والغرر.

٣ ـ أما إذا كان التعامل غير جزاف، بل إن المشتري لا يدفع من الثمن إلاّ بمقدار ما يأخذ من المبيع، فلا غبن في ذلك ولا غرر، ومن ثم ينبغي أن يكون البيع صحيحاً. ومن باب أولى ينبغي أن يكون البيع صحيحاً فيما هو محقق الوجود في المستقبل إذا كان التعامل فيه غير جزاف على هذا النحو، وقد سبقت الإشارة إلى ذلك[1].

---

(١) وهذه الحلول المستساغة هي التي وصل إليها التقنين المدني العراقي. فقد نصت المادة ١٢٩ من هذا التقنين على ما يأتي:

المطلب الثاني

المحل ممكن

القدرة على التسليم ـ النصوص:

إمكان المحل في الفقه الإسلامي هو القدرة على تسليمه، ذلك أن المحل يجب أن يكون مقدور التسليم عند القعد. ونورد نصوص الفقه الإسلامي في ذلك، نقلاً عن **«البدائع»** (٥/ ١٤٧ ـ ١٤٨).

«ومنها (شرائط الانعقاد) أن يكون (المبيع) مقدور التسليم عند العقد. فإن كان معجوز التسليم عنده لا ينعقد وإن كان مملوكاً له كبيع الآبق، في جواب ظاهر الروايات، حتى لو ظهر يحتاج إلى تجديد الإيجاب والقبول، إلاّ إذا تراضيا فيكون بيعاً مبتدأ بالتعاطي، فإن لم يتراضيا، وامتنع البائع من التسليم، لا يجبر على التسليم، ولو سلم وامتنع المشتري من القبض، لا يجبر على القبض.. بخلاف ما إذا أبق بعد البيع قبل القبض أنه لا ينفسخ. لأن القدرة على التسليم كانت ثابتة لهذا العاقد فانعقد، ثم زالت على وجه يحتمل عودها فيقع الشك في زوال المنعقد بيقين، والثابت بيقين لا يزول بالشك، فهو الفرق. بخلاف بيع المغصوب من غير الغاصب أنه ينعقد موقوفاً على التسليم حتى لو سلم ينفذ، لأن هناك المالك قادر على التسليم بقدرة السلطان والقاضي وجماعة المسلمين، إلاّ أنه لم ينفذ للحال لقيام يد الغاصب صورة، فإذا سلم زال المانع فينفذ، بخلاف الآبق لأنه معجوز التسليم على الإطلاق إذ لا تصل إليه يد أحد لما أنه لا يعرف مكانه، فكان العجز متقرراً والقدرة محتملة موهومة، فلا ينعقد مع الاحتمال، فأشبه بيع الآبق بيع الطير الذي لم يوجد في الهواء، وبيع السمك الذي لم يوجد في الماء، وذلك باطل كذا هذا. ولو جاء إنسان إلى مولى العبد، فقال إن عبدك عند فلان فبعه مني وأنا أقبضه منه، فصدق وباعه منه، لا ينفذ لما فيه من عدم القدرة على القبض، لكنه ينعقد حتى لو قبضه ينفذ، لأن القدرة على القبض ههنا ثابتة في زعم المشتري، إلاّ أن احتمال المنع قائم، فانعقد موقوفاً على قبضه فإذا قبضه تحقق ما زعمه فينعقد. بخلاف الفصل الأول، لأن العجز عن التسليم للحال متحقق فيمنع الانعقاد. ولو أخذه رجل فجاء إلى مولاه فاشتراه منه، جاز الشراء، لأن المانع هو العجز عن التسليم ولم يوجد في حقه... وعلى هذا بيع الطائر الذي كان في يده وطار أنه لا ينعقد في ظاهر الرواية... وعلى هذا بيع السمكة التي أخذها ثم ألقاها في حظيرة... إن كان لا يمكنه أخذها بدون الاصطياد. وإن كان يمكنه أخذها من غير اصطياد يجوز بيعها بلا خلاف، لأنه مقدور التسليم... وعلى هذا يخرج بيع اللبن في الضرع لا يجتمع في الضرع دفعة واحدة بل شيئاً فشيئاً، فيختلط المبيع بغيره على وجه يتعذر التمييز بينهما، فكان المبيع معجوز التسليم عند البيع فلا ينعقد، وكذا بيع الصوف على ظهر الغنم في ظاهر الرواية لأنه ينمو ساعة فساعة، فيختلط الموجود

---

١ ـ يجوز أن يكون محل الالتزام معدوماً وقت التعاقد إذا كان ممكن الحصول في المستقبل وعين تعييناً نافياً للجهالة والغرر».

٢ ـ غير أن التعامل في تركة إنسان على قيد الحياة باطل».

عند العقد بالحادث بعده على وجه لا يمكن التمييز بينهما، فصار معجوز التسليم بالجز والنتف استخراج أصله وهو غير مستحق بالعقد. وروي عن ابن عباس رضي الله عنهما عن النبي عليه الصلاة والسلام أنه نهى عن بيع الصوف على ظهر الغنم. وروي عن أبي يوسف أنه جوز بيعه والصلح عليه لأنه يجوز جزه قبل الذبح فيجوز بيعه كبيع القصيل في الأرض. ووجه الفرق بين القصيل والصوف لظاهر الرواية أن الصوف لا يمكن جزه من أصله من غير ضرر يلحق الشاة بخلاف القصيل. ولا ينعقد بيع الدين من غير من عليه الدين، لأن الدين إما أن يكون عبارة عن مال حكمي في الذمة وإما أن يكون عبارة عن فعل تمليك المال وتسليمه، وكل ذلك غير مقدور التسليم في حق البائع. ولو شرط التسليم على المديون لا يصح أيضاً، لأنه شرط التسليم على غير البائع فيكون شرطاً فاسداً فيفسد البيع. ويجوز بيعه ممن عليه، لأن المانع هو العجز عن التسليم ولا حاجة إلى التسليم ههنا. ونظيره بيع المغصوب أنه يصح من الغاصب، ولا يصح من غيره إذا كان الغاصب منكراً ولا بينة للمالك. ولا يجوز بيع المسلم فيه، لأن المسلم فيه مبيع ولا يجوز بيع المبيع قبل القبض».

الاستحالة المطلقة والاستحالة النسبية:

ويؤخذ من النصوص المتقدمة أن الاستحالة في الفقه الإسلامي، كما هي في الفقه الغربي، تجعل العقد باطلاً. فاستحالة تسليم المبيع تبطل البيع، ويبدو أن الفقه الإسلامي يميز، بمعاييره الخاصة، بين الاستحالة المطلقة والاستحالة النسبية، فالأولى دون الثانية هي التي تجعل العقد باطلاً، ويبدو كذلك أن الفقه الإسلامي أيسر من الفقه الغربي في تصور الاستحالة المطلقة. فإباق العبد يجعل تسليمه مستحيلاً استحالة مطلقة، لأنه معجوز التسليم على الإطلاق، فالبيع باطل. لكن إذا جاء إنسان إلى مولى العبد فقال إن عبدك عند فلان فبعه مني وأنا أقبضه منه، فهنا الاستحالة نسبية لأن القدرة على القبض ثابتة في زعم المشتري، ومن ثم ينعقد العقد موقوفاً على القبض، ولا يكون التسليم مستحيلاً أصلاً، لا استحالة مطلقة ولا استحالة نسبية، لو أخذ المشتري العبد الآبق ثم اشتراه وينعقد العقد نافذاً في الحال لأنه مقدور التسليم، وكذلك تسليم المغصوب من غير الغاصب، إذا ثبت الغصب، غير مستحيل أصلاً، لا استحالة مطلقة ولا استحالة نسبية. لأن المالك نادر على التسليم بقدرة السلطان والقاضي وجماعة المسلمين، فينعقد العقد، إلاّ أنه لا ينفذ للحال لقيام يد الغاصب صورة، فإذا سلم زال المانع فينفذ.

ومثل الاستحالة المطلقة بيع الطير الذي كان في يده وطار، وبيع السمكة التي أخذها ثم ألقاها في حظيرة إذا كان لا يمكنه أخذها دون الاصطياد، أما إذا كان يمكنه أخذها من غير اصطياد فيجوز بيعها بلا خلاف لأنه معذور التسليم. وكذلك بيع اللبن في الضرع ـ وهو أيضاً باطل الغرر كما قدمنا ـ وبيع الصوف على ظهر الغنم لأن الموجود يختلط بالحادث، ويفارق بيع أغصان الشجرة لأن النمو في أغصان الشجرة يكون من رأسها لا من أصلها فلا يختلط ملك البائع بملك المشتري، وأما النمو في الصوف فيكون من أصله وذلك يتبين فيما إذا كان حصب الصوف على ظهر الشاة ثم تركه حتى نما فالمحصوب يكون على رأسه لا في أصله انظر «المبسوط» (١٢/

١٩٤). وكذلك بيع الدين من غير من عليه الدين، لأن الدين إما مال حكمي في الذمة أو هو فعل تمليك المال وتسليمه، وكل ذلك غير مقدور التسليم. فإذا كان التسليم لا حاجة إليه كما في بيع الدين ممن عليه الدين جاز البيع. في كل هذه الفروض وأمثالها يكون البيع باطلاً للاستحالة المطلقة.

ويميز الفقه الإسلامي ـ كما يميز الفقه الغربي ـ بين ما إذا كانت الاستحالة المطلقة قائمة وقت العقد، وهذا هو الذي يجعل العقد باطلاً، وبين ما إذا كانت الاستحالة المطلقة قد جدت بعد العقد، فينعقد العقد ولكن يجوز فسخه لعدم القدرة على التسليم، فإذا أبق العبد بعد البيع وقبل القبض انعقد البيع، لأن القدرة على التسليم كانت ثابتة لذا العاقد فانعقد، ثم زالت على وجه يحتمل عودها، فيقع الشك في زوال المنعقد بيقين، والثابت بيقين لا يزول بالشك.

يجب أن يكون المبيع مقدور التسليم من غير ضرر:

ويذهب الفقه الإسلامي إلى مدى أبعد من الفقه الغربي في تحديد معنى الاستحالة إذ هو يتوسع كثيراً في هذا المعنى. فحتى يكون التسليم ممكناً ويصح البيع، لا يكفي أن يكون المبيع مقدور التسليم، بل يجب أيضاً أن يكون مقدور التسليم من غير ضرر. فإن كان هناك ضرر في تسليمه كان البيع فاسداً، ويصح إذا رضي البائع بالضرر وسلم المبيع. فمجرد وجود ضرر في التسليم ـ ولا يصل هذا إلى حد الاستحالة طبعاً ـ يكفي لإفساد البيع، أما الاستحالة المطلقة فتجعل البيع باطلاً ولا تقتصر على إفساده كما قدمنا.

وهذا ما يقوله صاحب **«البدائع»** (١٦٨/٥) تفصيلاً لما تقدم: «فإن لم يمكن تسليمه (أي تسليم البيع) إلاّ بضرر يلزمه (أي يلزم البائع) فالبيع فاسد، لأن الضرر لا يستحق بالعقد، ولا يلزم بالتزام العاقد إلاّ ضرر تسليم المعقود عليه، فأما ما وراءه فلا، وعلى هذا يخرج ما إذا باع جذعاً له في سقف أو آجراً له في حائط، أو ذراعاً في ديباج أو كرباس، أنه لا يجوز لأنه لا يمكنه تسليمه إلاّ بالنزع والقطع وفيه ضرر بالبائع والضرر غير مستحق بالعقد، فكان هذا على هذا التقدير بيع ما لا يجب تسليمه شرعاً فيكون فاسداً، فإن نزعه البائع أو قطعه وسلمه إلى المشتري قل أن يفسخ المشتري البيع، جاز البيع حتى يجبر المشتري على الأخذ، لأن المانع من الجواز ضرر البائع بالتسليم، فإذا سلم باختياره ورضاه فقد زال المانع فجاز البيع، ولزم فرق بين هذا وبين بيع الألية في الشاة الحية والنوى في التمر والزيت في الزيتون والدقيق في الحنطة والبزر في البطيخ ونحوها أنه لا ينعقد أصلاً حتى لو سلم لم يجز، وقد ذكرنا وجه الفرق فيما تقدم. والأصل المحفوظ أن ما لا يمكن تسليمه إلاّ بضرر يرجع إلى قطع اتصال ثابت بأصل الخلقة فبيعه باطل، وما لا يمكن تسليمه إلاّ بضرر يرجع إلى قطع اتصال عارض فبيعه فاسد إلاّ أن يقطع باختياره ويسلم فيجوز... وكذا زرع بين رجلين أو ثمار بينهما في أرض لهما حق الترك فيها إلى وقت الإدراك، فباع أحدهما نصيبه قبل الإدراك لم يجز، لأنه لا يمكن تسليمه إلاّ بضرر صاحبه لأنه يجبر على القلع للحال وفيه ضرر به، ولو باع بعد الإدراك جاز لانعدام الضرر. وكذا إذا كان الزرع كله لرجل ولم يدرك، فباع بعض الزرع، لم يجز، لأنه لا يمكن تسليمه إلاّ بقطع الكل وفيه ضرر، ولو كان بعد الإدراك

جاز لانعدام الضرر. وكذا لو باع بناء الدار دون العرصة، أو الأشجار القائمة على الأرض دون الأرض، أو الزرع أو البقول القائمة قبل الجز، إنه يجوز، لأنه يمكنه تسليم هذه الأشياء من غير ضرر»[1].

الفرع الثاني

المحل معين أو قابل للتعيين

المبحث الأول

تعيين المحل أو قابليته للتعيين في الفقه الغربي

نصوص التقنينات المدنية العربية:

نصت المادة ١٣٣ من التقنين المدني المصري على ما يأتي:

١ ـ إذا لم يكن محل الالتزام معيناً بذاته، وجب أن يكون معيناً بنوعه ومقداره، إلاّ إذا كان العقد باطلاً».

٢ ـ ويكفي أن يكون المحل معيناً بنوعه فقط إذا تضمن العقد ما يستطاع به تعيين مقداره. وإذا لم يتفق المتعاقدان على درجة الشيء من حيث جودته، ولم يكن استخلاص ذلك من العرف أو من أي ظرف آخر، التزم المدين بأن يسلم شيئاً من صنف متوسط».

ونصت المادة ١٣٤ من التقنين ذاته على ما يأتي:

«إذا كان محل الالتزام نقوداً، التزم المدين بقدر عددها المذكور في العقد، دون أن يكون لارتفاع قيمة هذه النقود أو لانخفاضها وقت الوفاء أي أثر».

وتطابق المادتان ١٣٤ و١٣٥ من التقنين المدني السوري نص المادتين ١٣٣ و١٣٤ من التقنين المدني المصري السالفتي الذكر، فيما عدا أن المادة ١٣٥ من التقنين المدني السوري أضيف في آخرها العبارة الآتية:

«ما لم ينص القانون على أحكام خاصة بتحويل النقد الأجنبي».

وتطابق المادتان ١٣٣ و١٣٤ من التقنين المدني للمملكة الليبية المتحدة نص المادتين ١٣٣

---

(١) وقد سار التقنين المدني العراقي ـ وهو مأخوذ من الفقه الإسلامي في هذه المسائل ـ على هذا النهج، فقرب ما بين الفقه الإسلامي والفقه الغربي. نصت المادة ١٢٦ من هذا التقنين على ما يأتي: «لا بد لكل التزام نشأ عن العقد من محل يضاف إليه يكون قابلاً لحكمه. ويصح أن يكون المحل مالاً، عيناً كان أو ديناً أو منفعة، أو أي حق مالي آخر، كما يصح أن يكون عملاً أو امتناعاً عن عمل». ونصت المادة ١٢٧ على ما يأتي:

١ ـ إذا كان محل الالتزام مستحيلاً استحالة مطلقة كان العقد باطلاً.

٢ ـ أما إذا كان مستحيلاً على المدين، دون أن تكون الاستحالة في ذاتها مطلقة، صح العقد، وألزم المدين بالتعويض لعدم وفائه بتعهده».

و١٣٤ من التقنين المدني المصري.

ونصت المادة ١٢٨ من التقنين المدني العراقي على ما يأتي:

١ ـ يلزم أن يكون محل الالتزام معيناً تعييناً نافياً للجهالة الفاحشة، سواء كان تعيينه بالإشارة إليه أو إلى مكانه الخاص إن كان موجوداً وقت العقد، أو بيان الأوصاف المميزة له مع ذكر مقداره إن كان من المقدرات أو بنحو ذلك مما تنتفي به الجهالة الفاحشة. ولا يكتفي بذكر الجنس عن القدر والوصف».

٢ ـ على أنه يكفي أن يكون المحل معلوماً عند العاقدين ولا حاجة لوصفه وتعريفه بوجه آخر».

٣ ـ فإذا كان المحل لم يعين على النحو المتقدم، فالعقدباطل».

ونصت المادة ١٨٩ من تقنين الموجبات والعقود اللبناني على ما يأتي:

«يجب أن يعين الموضوع (المحل) تعييناً كافياً، وأن يكون ممكناً ومباحاً.

ونصت المادة ١٩٠ من التقنين ذاته على ما يأتي:

«يجب أن يتناول التعيين ماهية الموضوع (المحل) ومقداره. على أنه يكفي أن يعين نوع الشيء وأن يتضمن العقد ما يمكن معه تعيين المقدار فيما بعد».

ونصوص التقنينات المدنية العربية، كما نرى. . . متقاربة أو متطابقة. وهي في مجموعها تسير على نهج الفقه الغربي، فيما عدا التقنين المدني العراقي فإنه يوفق كعادته ما بين الفقه الإسلامي والفقه الغربي.

ويميز الفقه الغربي بين ما إذا كان المحل شيئاً أو نقوداً أو عملاً أو امتناعاً عن عمل.

تعيين محل الالتزام إذا كان شيئاً:

إذا كان محل الالتزام شيئاً، وجب التمييز بين الشيء المعين بالذات والشيء غير المعين إلاّ بالنوع.

فإذا وقع العقد على شيء معين بالذات، وجب أن تكون ذاتية الشيء معروفة للمتعاقدين إما عن طريق معرفة سابقة، وإما عن طريق الوصف. فإذا كانت معرفة الشيء عن طريق الوصف، وجب أن يوصف الشيء وصفاً يكون مانعاً للجهالة. فإذا باع شخص أرضاً، وجب تحديد موقعها وحدودها ومساحتها. وإذا باع داراً، وجب تحديد المكان الذي توجد فيه الدار ومساحة الأرض المقام عليها البناء وحدودها وما يشتمل عليه البناء من طوابق ومرافق. وإذا باع فرساً يملكه، وجب تعيين نوعه وسنه ولونه وغير ذلك من الأوصاف التي تميزه عن الأفراس الأخرى.

وإذا وقع العقد على شيء غير معين بالذات، وجب أن يعين بجنسه ونوعه ومقداره. فيذكر مثلاً أن المبيع قطن من نوع الكرنك ومقداره مائة قنطار. فإذا لم يعين المقدار، وجب أن يتضمن العقد ما يستطاع به تعيينه، كأن يتعهد شخص أن يورد أغذية معينة النوع لمستشفى معين أو مدرسة معينة، فالمقدار اللازم من الأغذية قابل للتعيين وفقاً لحاجة المستشفى أو المدرسة. وإذا اقتصر

التعيين على بيان الجنس والنوع والمقدار، دون أن تذكر درجة الجودة، ودون أن يمكن استخلاصها من العرف أو من ظروف التعاقد، وجب أن يكون الصنف متوسط الجودة، فلا يكون جيداً حتى لا يغبن المدين ولا يكون رديئاً حتى لا يغبن الدائن.

وقد يترك تعيين المحل للمألوف أو للعرف، فيقوم متجر بتوريد سلعة دون أن يبين الثمن، أو يقوم صانع بعمل دون أن يعين الأجر. كذلك قد يترك تعيين المحل لأجنبي، فيبيع شخص من آخر داراً بثمن تقديره لحكم. فإذا قدر الحكم الثمن كان تقديره ملزماً لكل من البائع والمشتري، أما إذا لم يقدره فلا يجوز للقاضي أن يقوم مقامه في التقدير ويصبح الثمن غير معين فيكون البيع باطلاً، ولا يجوز ترك تعيين المحل لإرادة أحد المتعاقدين المحضة، فيصبح المتعاقد الآخر تحت رحمته. وهذا ما لم تكن عناصر التعيين معروفة بحيث لا يكون هناك مجال للتحكم.

تعيين محل الالتزام إذا كان نقوداً:

وإذا وقع العقد على نقود، وجب أن تكون هي أيضاً معينة بنوعها ومقدارها، فيلتزم المدين أن يؤدي للدائن كذا جنيهاً مصرياً أو كذا ديناراً أو كذا ليرة أو كذا قرشاً. ويلتزم المدين بأداء هذا المقدار سواء ارتفعت قيمة النقود أو انخفضت، فإذا ارتفعت كان ارتفاعها لمصلحة الدائن، وإذا انخفضت كان انخفاضها لمصلحة المدين.

ويجوز للمدين أن يؤدي المقدار المتفق عليه بعمله ورقية لها سعر قانوني (cours Légal)، لأن العملة الورقية إذا تقرر لها سعر قانوني وجب على الدائن قبولها حتى لو اتفق مع المدين على غير ذلك. والأمر غير ذي خطر إذا كان للعملة الورقية سعر قانوني من غير أن يكون لها سعر إلزامي، فإن الدائن الذي يريد الحصول على حقه ذهباً ولا يستوفيه إلاّ ورقاً يستطيع أن يستبدل الذهب بالورق في أي وقت شاء، أما إذا تقرر للعملة الورقية سعر إلزامي (cours forcé)، فإن قيمتها الاقتصادية تصبح عادة أقل من قيمتها القانونية، وقد تنزل قيمتها الاقتصادية نزولاً فاحشاً تبعاً لزيادة التضخم (inflation)؛ ومن ثم جرت العادة، توقياً لهذا الخطر، أن يشترط الدائن على المدين أن يوفيه حقه ذهباً، وهذا ما يسمى «بشرط الذهب» (clause d'or)، فيكون الدين واجب الوفاء بالذهب أو بما يعادل قيمة الذهب وهذا الشرط يعتبر باطلاً لمخالفته للنظام العام، لأن الغرض من تقرير السعر الإلزامي للعملة الورقية هو إعطاء هذه العملة قيمة قانونية إلزامية معادلة لقيمة الذهب، فينعدم الفرق بين الورق والذهب في نظر القانون، ويجب أيضاً أن ينعدم في نظر الأفراد، لأن القانون أراد أن ينعدم الفرق بين الورق والذهب حماية لمصلحة عامة ترجع إلى نظام النقد وإلى استقرار قيمة العملة وثباتها[١].

---

(١) وبطلان «شرط الذهب» لا يقتصر على الاتفاقات والمعاملات الداخلية، بل يتناول أيضاً الاتفاقات والمعاملات ذات الصبغة الخارجية أو الدولية. وقد قطع في ذلك قانون صدر في مصر - هو المرسوم بقانون رقم ٤٥ لسنة ١٩٣٥ - إذ ينص على أن «تبطل شروط الدفع ذهباً في العقود التي يكون الالتزام بالوفاء فيها ذا صبغة دولية. . . ولا يترتب عليها أي أثر».

تعيين محل الالتزام إذا كان عملاً أو امتناعاً عن عمل:

وإذا وقع العقد على عمل أو على امتناع عن عمل، وجب أن يكون محل الالتزام معيناً أو قابلاً للتعيين. فإذا تعهد مقاول بإقامة بناء، وجب أن يكون هذا البناء معيناً، ويتعين عادة وفقاً «لتصميم» يضعه مهندس معماري، ويبين فيه شكل البناء ومساحته وارتفاعه وعدد طوابقه وما يشتمل عليه كل طابق من غرف ومرافق وأبعاد كل غرفة ومساحتها ووصفها ونحو ذلك مما يتضمنه «التصميم» في العادة. فإذا لم يكن البناء معيناً على هذا النحو، وجب على الأقل أن يكون قابلاً للتعيين، فإذا التزم المقاول بأن يبني مستشفى أو مدرسة فإن ظروف التعاقد وانتشار نماذج متعارف عليها للمستشفيات والمدارس يصح أن يستخلص منه العناصر اللازمة لتعيين البناء المطلوب. أما إذا اقتصر المقاول على أن يلتزم بإقامة بناء دون أن يعين أي نوع من البناء هو وما هي «مواصفاته»، كان المحل غير معين وغير قابل للتعيين، فلا يقوم الالتزام على محل كهذا لأنه في حكم المعدوم، ومن ثم يكون العقد باطلاً.

وكذلك إذا تعهد شخص بالامتناع عن منافسة شخص آخر، وجب تعيين العمل الذي يجب فيه الكف عن المنافسة وإلى أي مدى من زمان ومكان تكون المنافسة غير مشروعة، وقد يكون كل هذا قابلاً للتعيين، مستخلصاً من ظروف التعاقد، فإذا باع شخص متجراً وتعهد البائع بعدم منافسة المشتري، كان على البائع ألا ينافس المشتري في السلع التي يتعامل فيها المتجر المبيع، وإلى الحد الذي يأمن عند المشتري ألا يتحول عملاء المتجر عنه إلى متجر جديد ينشئه البائع.

المبحث الثاني

تعيين المحل أو قابليته للتعيين في الفقه الإسلامي

المبدأ: يتعين المحل بالعلم به علماً مانعاً من الجهالة الفاحشة:

يمكن القول أن المبدأ في الفقه الإسلامي هو أن المحل يتعين بالعلم به علماً مانعاً من الجهالة الفاحشة. ذلك أن المحل يجب أن يكون معلوماً علماً يمنع من المنازعة، فإن كان مجهولاً جهالة مفضية إلى المنازعة فسد العقد، وإلاّ كان العقد صحيحاً.

كيف يحصل العلم:

يجب التمييز بين فرضين: فإما أن يكون الشيء موجوداً في مجلس العقد وإما أن يكون غائباً عن مجلس العقد.

١ ـ فإن كان موجوداً في مجلس العقد، يكون العلم به بالإشارة إليه، لو كان ذلك في مكان مستتر كالحنطة في الكيس والسكر في الصندوق. هذا عند الحنفية والحنابلة.

وعند المالكية لا يصح بيع الشيء الحاضر في مجلس العقد إلاّ برؤيته ما لم تكن في رؤيته مشقة فيباع على الصفة. جاء في «**الحطاب**» (٤/ ٢٨٥ ـ ٢٨٦): «... لأن البيع لا يباع إلاّ برؤية

أو صفة. والصفة لا يباع عليها الشيء الحاضر على الأشهر، إلاّ إذا كان في رؤيته مشقة فيباع على الصفة على الأشهر».

وعند الشافعي لا يحصل العلم بالشيء إلاّ برؤيته، وذلك في جميع الأحوال سواء كان الشيء حاضراً في المجلس أو غائباً عنه، وسنعود إلى تفصيل هذا الرأي.

ب ـ وإن كان الشيء غائباً عن مجلس العقد، حصل العلم به بوصفه وصفاً مانعاً من الجهالة الفاحشة.

فإن كان شيئاً معيباً بالذات، وصف بما ينفي عنه الجهالة ويعينه تعييناً واضحاً. كأن يقول بعتك جملي وليس له جمل سواه. أو بعتك داري وليس له دار سواها.

وإن كان شيئاً غير معين بالذات: فعند الحنفية يتعين بالوصف بما يرفع عند الجهالة الفاحشة، أي ببيان الجنس والنوع والمقدار، ولا تضر الجهالة اليسيرة، لأن المشتري له خيار الرؤية فيما لم يره.

وعند المالكية يتعين الشيء كذلك بالوصف، أي ببيان جنسه ونوعه ومقداره. ويجوز البيع على البرنامج، أي على الدفتر الذي تكتب فيه صفة ما في العدل، ولكن البيع على الصفة عند المالكية لا يكون فيه خيار الرؤية، خلافاً للحنفية فيما قدمناه. ويجوز بيع الغائب عن مجلس العقد دون وصف على أن يشترط المشتري خيار الرؤية. ويخلص من ذلك أن مذهب مالك لا يجمع بين الوصف وخيار الرؤية، فإما أن يباع الشيء على الوصف فلا يثبت فيه خيار الرؤية، وإما أن يباع بشرط خيار الرؤية فلا يكون في حاجة إلى الوصف. وقد رأينا أن الحنفية يجمعون بين الوصف وخيار الرؤية. فيجب الوصف في الشيء الغائب ثم يثبت فيه مع ذلك خيار الرؤية.

وعند الحنابلة يتعين الشيء بالوصف، أي بذكر جميع الصفات التي تضبطه ويصح البيع بالرؤية السابقة فيما لا يطرأ عليه التغيير. فيجب إذن أن يكون الشيء معلوماً برؤية أو صفة تحصل بها معرفته. فإن اشترى ما لم يره ولم يوصف له، أو رآه ولم يعلم ما هو، أو ذكر له من صفته ما لا يكفي، لم يصح البيع.

وعند الشافعي لا يتعين الشيء إلاّ بالرؤية على قوله الجديد. وفي قوله القديم يتعين الشيء بذكر جميع صفاته أو بذكر صفاته المقصورة دون رؤية، وقيل يصح البيع دون وصف وللمشتري خيار الرؤية فيما لم يره.

ونستخلص من استعراض مختلف المذاهب على الوجه الذي قدمناه أن الأئمة ـ فيما عدا الشافعي في قوله الجديد ـ يكتفون في تعيين المحل بالوصف المانع للجهالة الفاحشة، كما هو الأمر في الفقه الغربي.

ولما كان الفقه الإسلامي غنيّاً بوجه خاص في التطبيقات، فنورد بعضاً منها كما وردت في النصوص.

تعيين المحل في الأشياء المتفاوتة وفي الأشياء المتقاربة:

جاء في «البدائع» (٥/١٥٦ ـ ١٥٨): «إذا قال بعتك شاة من هذا القطيع أو ثوباً من هذا العدل، فالبيع فاسد، لأن الشاة من القطيع والثوب من العدل مجهول جهالة مفضية إلى المنازعة، لتفاحش التفاوت بين شاة وشاة وثوب وثوب، فيوجب فساد البيع. فإن عين البائع شاة أو ثوباً وسلمه إليه ورضي به، جاز، ويكون ذلك ابتداء بيع بالمراضاة... وكذا إذا قال بعتك هذه الأثواب الأربعة بكذا وذكر خيار التعيين أو سكت عنه، أو قال بعتك أحد هذين الثوبين أو أحد هذه الأثواب الثلاثة بكذا وسكت عن الخيار، فالبيع فاسد لأن المبيع مجهول. ولو ذكر الخيار بأن قال على أنك بالخيار تأخذ أيها شئت بثمن كذا وترد الباقي، فالقياس أن يفسد البيع وفي الاستحسان لا يفسد. وجه القياس أن المبيع مجهول، لأنه باع أحدهما غير عين وهو غير معلوم فكان المبيع مجهولاً فيمنع صحة البيع كما لو باع أحد الأثواب الأربعة وذكر الخيار. وجه الاستحسان الاستدلال بخيار الشرط، والجامع بينهما مساس الحاجة إلى دفع الثمن، وكل واحد من الخيارين طريق إلى دفع الغبن، وورود الشرع هناك يكون وروداً ههنا، والحاجة تندفع بالتحري في ثلاثة لاقتصار الأشياء على الجيد والوسط والرديء فيبقى الحكم في الزيادة مردوداً إلى أصل القياس، ولأن الناس تعاملوا هذا البيع لحاجتهم إلى ذلك، فإن كل أحد لا يمكنه أن يدخل السوق فيشتري ما يحتاج إليه خصوصاً الأكابر والنساء، فيحتاج أن يأمر غيره، ولا تندفع حاجته بشراء شيء واحد معين من ذلك الجنس لما عسى لا يوافق الآمر، فيحتاج إلى أن يشتري أحد اثنين من ذلك الجنس فيحملهما جميعاً إلى الآمر، فيختار أيهما شاء بالثمن المذكور ويرد الباقي، فجوزنا ذلك لتعامل الناس، ولا تعامل فيما زاد على الثلاثة فبقي الحكم فيه على أصل القياس. وقوله المعقود عليه مجهول، قلنا هذا ممنوع، فإنه إذا شرط الخيار بأن قال على أن تأخذ أيهما شئت فقد انعقد البيع موجباً للملك عند اختياره لا للحال والمعقود عليه عند اختياره معلوم، مع أن هذه جهالة لا تفضي إلى المنازعة لأنه فوض الأمر إلى اختيار المشتري يأخذ أيهما شاء فلا تقع المنازعة... وعلى هذا يخرج ما إذا اشترى ثوبين أو عبدين أو دابتين على أن المشتري أو البائع بالخيار في أحدهما ثلاثة أيام ولم يعين الذي فيه الخيار من الذي لا خيار فيه.. ولو باع عدداً من جملة المعدودات المتفاوتة كالبطيخ والرمان بدرهم والجملة أكثر مما سمي، فالبيع فاسد لجهالة المبيع جهالة مفضية إلى المنازعة، فإن عزل ذلك القدر من الجملة بعد ذلك أو تراضيا عليه، فهو جائز لأن ذلك بيع مبتدأ بطريق التعاطي».

فهذه طائفة من التطبيقات في تعيين المحل في الأشياء المتفاوتة. يجب في هذه الأشياء تعيين المحل بالذات، ولا يكفي أن يبيع شاة غي معينة بالذات من قطيع غنم لتفاحش التفاوت بين شاة وشاة فكان المبيع مجهولاً جهالة مفضية إلى المنازعة، وكذلك الأمر في بيع ثوب من العدل. لتفاحش التفاوت بين ثوب وثوب. ولوباع شيئين متفاوتين، كثوبين أو عبدين أو دابتين، وأوجب في أحدهما ـ دون أن يعينه ـ خيار الشرط، فقد شاعت الجهالة المفضية إلى المنازعة في كل من المبيعين، إذ لا يعلم أيهما بيع بيعاً باتاً وأيهما بيع بخيار الشرط. ولو باع عدداً معلوماً من جملة

معدودات متفاوتة، كالبطيخ والرمان، وكانت الجملة أكثر من هذا العدد، فلا يمكن عزل ما زاد عن الجملة للتفاوت ما بين المعدودات، فكان المبيع مجهولاً تفضي إلى المنازعة.

أما بيع أحد أثواب متفاوتة تزيد على الثلاثة مع إعطاء خيار التعيين للمشتري يختار أيها شاء، فقد كان ينبغي أن يجوز، لأن المبيع، ولو لم يكن معيناً، قابل للتعيين باختيار المشتري. وصاحب **«البدائع»** نفسه يقول في الخيار فيما لا يزيد على الثلاثة: «وقوله المعقود عليه مجهول، قلنا هذا ممنوع، فإنه إذا شرط الخيار بأن قال على أن تأخذ أيهما شئت، فقد انعقد البيع موجباً للملك عند اختياره لا للحال والمعقود عليه عند اختياره معلوم، مع أن هذه جهالة لا تفضي إلى المنازعة لأنه فوض الأمر إلى إختيار المشتري يأخذ أيهما شاء فلا تقع المنازعة». وهذه العبارة تصدق تماماً على الخيار فيما يزيد على الثلاثة كما صدقت على الخيار فيما لا يزيد على ذلك.

هذا إذا كانت الأشياء متفاوتة، أما إذا كانت متقاربة فالأمر يختلف ولا يلزم تعيين أحد الأشياء المتقاربة بالذات حتى يكون المحل معلوماً، بل يكفي أن يكون واحداً من عدة أشياء، فأي واحد من هذه الأشياء المتقاربة يعدل الآخر، فيتعين المحل بذلك وتنتفي الجهالة الفاحشة التي تفضي إلى المنازعة. وقد ورد في **«البدائع»** (٥/ ١٥٨) في هذا المعنى: «ولو قال بعتك قفيزا من هذه الصُبرة صح، وإن كان قفيزا من صبرة مجهولاً، لكن هذه جهالة لا تفضي إلى المنازعة، لأن الصُبرة الواحدة متماثلة القفزان، بخلاف الشاة من القطيع وثوب من الأربعة، لأن بين شاة وشاة تفاوتاً فاحشاً وكذا بين ثوب وثوب». وكان ينبغي أن يصح البيع في الصُبرة كلها بثمن معلوم جملة أو على أساس سعر القفيز، لأن المبيع في هذه الحالة يكون معيناً وكذلك الثمن يكون معيناً أو قابلاً للتعيين. وهذا هو رأي الصاحبين، أما أبو حنيفة فعنده أن من باع صبرة كل قفيز بدرهم صح البيع في قفيز واحد لأن ثمنه معين وهو درهم، ولا يصح في الباقي لأن ثمنه غير معين ويحتاج في تعيينه إلى كيل الصبرة، فإن كيلت في المجلس وعين الثمن قبل تقرر الفساد صح البيع. ولا شك في أن رأي الصاحبين هو الذي يتمشى مع الفقه الغربي على النحو الذي أوضحناه. وهو فوق ذلك الرأي الذي يتمشى مع المبدأ القاضي بأن المحل لا يلزم أن يكون معيناً، بل يكفي أن يكون قابلاً للتعيين. ونورد هنا ما جاء في **«الزيلعي»** (٤/ ٥ ـ ٦) في هذه المسألة: «ومن باع صُبرة كل صاع بدرهم، صح في صاع، وهذا عند أبي حنيفة. وقالا (أي الصاحبان) جاز في الكل، لأن المبيع معلوم بالإشارة لأن المشار إليه لا يحتاج إلى معرفة مقداره لجواز البيع. وجهالة الثمن بأيديهما رفعها، فيجوز. كما لو باع عبداً من عبدين على أن يأخذ أيهما شاء، بخلاف ما إذا أجر داره كل شهر بدرهم حيث لا يجوز إلاّ في شهر واحد لأن الشهور لا نهاية لها فلا تمكن إزالة الجهالة فيها فينصرف إلى الأقل. ولأبي حنيفة أن الثمن مجهول وذلك مفسد، غير أن الأقل معلوم فيصح فيه للتيقن به، وما عداه مجهول فيفسد، كما إذا باع الثوب برقمه، بخلاف ما استشهد به لأن الرافع للجهالة هنا وهو الكيل متأخر عن العقد وفي تلك مقارن لأن اختياره موجود حالة التبايع. ثم إذا جاز في قفيز واحد عنده، يثبت له الخيار لتفرق الصفقة عليه. ولو كاله في المجلس، جاز بالإجماع، لزوال المانع قبل تقرر الفساد». وجاء في **«البدائع»** (٥/ ١٥٨ ـ ١٥٩) في هذه المسألة

أيضاً: «أما المكيلات فإن لم يسم جملتها، بأن قال بعت منك هذه الصُّبرة كل قفيز منها بدرهم لم يجز البيع إلاّ في قفيز منها بدرهم، ويلزم البيع فيه عند أبي حنيفة[١]. ولا يجوز في الباقي إلاّ إذا علم المشتري جملة القفزان قبل الإفتراق بأن كالها فله الخيار إن شاء أخذ كل قفيز بدرهم وإن شاء ترك. وإن لم يعلم حتى افترقا عن المجلس، تقرر الفساد، وعند أبي يوسف ومحمد يلزمه البيع في كل الصبرة كل قفيز منها بدرهم، علم أو لم يعلم.. وجه قولهما.. إن جملة المبيع معلومة وجملة الثمن ممكن الوصول إلى العلم بها بالكيل... فكانت هذه جهالة ممكنة الرفع والإزالة، ومثل هذه الجهالة لا تمنع صحة البيع، كما إذا باع بوزن هذا الحجر ذهباً. ولأبي حنيفة رحمه الله أن جملة الثمن مجهولة حالة العقد جهالة مفضية إلى المنازعة فتوجب فساد العقد، كما إذا باع الشيء برقمه. ولا شك أن جملة الثمن حالة العقد مجهولة، لأنه باع كل قفيز من الصبرة بدرهم وجملة القفزان ليست بمعلومة حالة العقد فلا تكون جملة الثمن معلومة ضرورة.. وقولهما يمكن رفع هذه الجهالة مسلم، لكنها ثابتة للحال إلى أن ترتفع، وعندنا إذا ارتفعت في المجلس ينقلب العقد إلى الجواز لأن المجلس وإن طال فله حكم ساعة العقد، والبيع بوزن هذا الحجر ذهباً ممنوع على أصل أبي حنيفة رحمه الله... ولو قال بعت منك هذه الصبرة بمائة درهم كل قفيز بدرهم، ولم يسم جملة الصبرة ولكنه سمى جملة الثمن، لم يذكر هذا في الأصل، وذكر الطحاوي رحمه الله أنه يجوز، وصحيح لأنه المانع جهالة الثمن ولم توجد حيث سماها، وصارت تسمية جملة الثمن بمنزلة تسمية جملة المبيع، ولو سمى جملة المبيع لجاز... (فلو) قال بعت منك هذ الصبرة على أنها مائة قفيز كل قفيز بدرهم، أو قال على أنها مائة قفيز بمائة درهم، سمي لكل واحد من القفزان ثمناً على حدة أو سمى للكل ثمناً واحداً هما سواء، فلا شك في جواز البيع، لأن جملة المبيع معلومة وجملة الثمن معلومة. ثم إن وجدها كما سمى، فالأمر ماض ولا خيار للمشتري. وإن وجدها أزيد من مائة قفيز، فالزيادة لا تسلم للمشتري. بل ترد إلى البائع، ولا يكون للمشتري إلاّ قدر ما سمى وهو مائة قفيز ولا خيار له. وإن وجدها أقل من مائة قفيز، فالمشتري بالخيار إن شاء أخذها بحصتها من الثمن وطرح حصة النقصان وإن شاء تركها. وأصل هذا أن الزيادة فيما لا ضرر في تبعيضه لا تجري مجرى الصفة، بل هي أصل، فلا بد أن يقابله الثمن، ولا ثمن للزيادة، فلا تدخل في البيع، فكانت ملك البائع، فترد إليه، والنقصان فيه نقصان الأصل لا نقصان الصفة، فإذا وجدها أنقص مما سمى، نقص من الثمن حصة النقصان، وإن شاء ترك لأن الصفقة تفرقت عليه لأنها وقعت على مائة قفيز ولم تسلم له، فأوجب خللاً في الرضا، فيثبت له خيار الترك. وكذا الجواب في الموزونات التي ليس في تبعيضها ضرر، لأن الزيادة فيها لا تجرى مجرى الصفة، بل هي أصل بنفسها، وكذلك المعدودات المتقاربة».

والصورة الجديدة التي أوردناها نقلاً عن **«البدائع»** هي ما إذا سمى جملة الثمن وسعر الوحدة

---

(١) هذا بخلاف ما قدمناه عن الزيلعي حيث يقول: «ثم إذا جاز في قفيز واحد عنده (أي عند أبي حنيفة) يثبت له الخيار لتفرق الصفقة عليه».

وترك المبيع جزافاً تمكن معرفة مقداره من نسبة جملة الثمن إلى سعر الوحدة، أو سمى جملة المبيع وسعر الوحدة، أو سمى جملة المبيع وجملة الثمن: فباع كل الصبرة بمائة درهم كل قفيز بدرهم، أو باع الصبرة على أنها مائة قفيز كل قفيز بدرهم، أو باع الصبرة على أنها مائة قفيز بمائة درهم. في جميع هذه الأحوال يتعين كل من المبيع أو الثمن أو في القليل يكون كل منهما قابلاً للتعيين، فيصح البيع إجماعاً. وفي هذا يتفق الفقه الإسلامي مع الفقه الغربي على النحو الذي بيناه. ولكن الفقه الإسلامي يمعن في التحليل إمعاناً يتخلف عنه فيه الفقه الغربي، وهو في ذلك يجري على منطق محكم الحلقات، وإن ضاقت به مقتضيات التعامل، عندما يميز بين المكيلات والموزونات، والمعدودات المتقاربة من جهة وبين المذروعات من جهة أخرى. ففي المذروعات تجري الزيادة أو النقص مجرى الصفة لا الأصل، إلا إذا سمي لكل وحدة من المذروع ثمناً على حدة. وهذا ما يقوله صاحب «البدائع» (٥/ ١٦٠ ـ ١٦١) في ذلك «وأما المذروعات من الثوب والأرض والخشب وغيرها، فإن سمي لجملة الذرعان ثمناً واحداً ولم يسم لكل ذراع منها ثمناً على حدة. بأن قال بعت منك هذا الثوب على أنه عشرة أذرع بعشرة دراهم، فالبيع جائز، لأن البيع وثمنه معلومان. ثم إن وجده مثل ما سمي، لزمه الثوب بعشرة دراهم، ولا خيار له. وإن وجده أحد عشر ذراعاً، فالزياد سالمة للمشتري. وإن وجده تسع أذرع، لا يطرح من أجل النقصان شيء من الثمن، وهو بالخيار إن شاء أخذه بجميع الثمن وإن شاء ترك. فرق بينهما وبين المكيلات والموزونات التي ليس في تبعيضها ضرر والعدديات المتقاربة. ووجه الفرق أن زيادة الذرع في الذرعيات جارية مجرى الصفة، كصفة الجودة والكتابة والخياطة ونحوها، والثمن يقابل الأصل لا الصفة. والدليل على أنها جارية مجرى الصفة أن وجودها يوجب جودة في الباقي وفواتها يسلب صفة الجودة ويوجب الرداءة، فتلحق الزيادة بالجودة والنقصان بالرداءة حكماً، الجودة والرداءة صفة، والثمن يرد على الأصل دون الصفة، إلاّ أن الصفة تملك للموصوف لكونها تابعة قائمة به. فإذا زاد، صار كأنه اشتراه رديئاً فإذا هو جيد، كما إذا اشترى عبداً على أنه ليس بكاتب أو ليس بخياط فوجده كاتباً أو خياطاً، أو اشترى عبداً على أنه أعور فوجده سليم العينين، أو اشترى جارية على أنها ثيب فوجدها بكراً، تسلم له ولا خيار للبائع، كذا هذا. وإذا نقص، صار كأنه اشتراه على أنه جيد فوجده رديئاً، كما إذا اشترى عبداً على أنه كاتب أو خباز أو صحيح العينين فوجده غير كاتب ولا خباز ولا صحيح العينين أو اشترى جارية على أنها بكر فوجدها ثيباً، ولا يطرح شيئاً من الثمن. لكن يثبت له الخيار، كذا هذا. بخلاف المكيلات والموزونات التي لا ضرر فيها إذا نقصت والمعدودات المتقاربة، لأن الزيادة فيها غير ملحقة بالأوصاف لأنها أصل بنفسها حقيقة. والعمل بالحقيقة واجب ما أمكن، إلاّ أنها ألحقت بالصفة في المذروعات ونحوها لأن وجودها يوجب الجودة والكمال الباقي وفواتها يوجب النقصان والرداءة له، وهذا المعنى ههنا منعدم فبقيت أصلاً بنفسها حقيقة، وإن سمي لكل ذراع منها ثمناً على حدة، بأن قال بعت منك هذا الثوب على أنه عشرة أذرع كل ذراع منها ثمناً على حدة، بأن قال بعت منك هذا الثوب على أنه عشرة أذرع كل ذراع بدرهم فالبيع جائز لما قلنا، ثم إن وجده مثل ما سمي فالأمر ماض، ولزمه الثوب كل ذراع بدرهم. وإن وجده أحد عشر ذراعاً، فهو بالخيار إن شاء أخذه كله بأحد عشر

درهماً وإن شاء ترك. وإن وجده تسعة أذرع، فهو بالخيار إن شاء طرح حصة النقصان درهماً وأخذه بتسعة دراهم وإن شاء ترك لتفرق الصفقة عليه. وهذا يشكل على الأصل الذي ذكرنا أن زيادة الذرع في المذروعات تجري مجرى الصفة لها لأن الثمن يقابل الأصل دون الوصف، فينبغي أن تكون الزيادة سالمة للمشتري ولا خيار له ولا يطرح لأجل النقصان شيئاً كما في الفصل الأول لأن الثمن يقابل الأصل دون الصفة بمنزلة زيادة الجودة ونقصان الرداءة على ما ذكرنا. وحل هذا الإشكال أن الذرع في المذروعات إنما يجري مجرى الصفة على الإطلاق إذا لم يفرد كل ذراع بثمن على حدة. فأما إذا أفرد به، فلا يجري مجرى الصفة مطلقاً، بل يكون أصلاً من وجه وصفة من وجه، فمن حيث إن التبعيض فيها يوجب تعيب الباقي كانت الزيادة صفة بمنزلة صفة الجودة، ومن حيث إنه سمي لكل ذراع ثمناً على حدة كان كل ذراع معقوداً عليه، فكانت الزيادة أصلاً من وجه صفة من وجه، فمن حيث إنها صفة كانت للمشتري لأن الثمن يقابل الأصل لا الصفة وإنما يدخل البيع تبعاً كما بينا، ومن حيث إنها أصل لا يسلم له إلاّ بزيادة ثمن، اعتباراً للجهتين جميعاً بقدر الإمكان فله الخيار في أخذ الزيادة وتركها، لأنه لو لزمه الأخذ لا محالة يلزمه زيادة ثمن لم يكن لزومها ظاهراً عند العقد، واختل رضاه فوجب الخيار. وفي النقصان إن شاء طرح قدر النقصان وأخذ الباقي اعتباراً لجهة الأصالة. وإن شاء ترك لأن الصفقة تفرقت عليه، وأوجب خللاً في الرضا، وذا يوجب الخيار»[1].

هذا هو حكم المذروعات، وله نظير في العدديات المتفاوتة وغيرها لا يتسع له المقام. ويبدهك فيما قدمناه قوة الصناعة الفقهية، ولعل هذا المثل من الفقه الإسلامي مثل بارز في دقة التحليل وروعة الصنعة. فقد جعل الفقهاء الزيادة والنقصان فيما لا يضره التبعيض أصلاً لا وصفاً، وفيما يضره التبعيض وصفاً لا أصلاً. وبفضل التمييز بين الأصل والوصف، ثم بفضل جعل الوصف عند تسمية ثمن للوحدة أصلاً من جهة ووصفاً من جهة أخرى، تراهم يستخلصون حلولاً دقيقة، يتميز بعضها عن بعض، في سلسلة قوية الحبك من منطق منسجم، يبهرك انسجامه ودقته، ولكنه يبعد بك عما هو مألوف في العمل. تلك آية على أن الفقه الإسلامي ما لبث أن أصبح من عمل الفقهاء، وليس للقضاء فيه أثر محسوس. وقد حلق الفقهاء به في جو من منطق سديد، وفكر قوي، وتمييزات دقيقة، ولكنه صار بذلك أقرب إلى إرضاء الصناعة الفقهية منه إلى مواجهة الحياة العملية.

الاكتفاء بقابلية المحل للتعيين:

ويبدو من بعض النصوص أنه لا يشترط أن يكون المحل معيناً فعلاً، بل يكفي أن يكون قابلاً للتعيين. جاء في «**فتح القدير**» (٥/ ٨٦ ـ ٨٧): «ويجوز بإناء بعينه لا يعرف مقداره، وبوزن حجر بعينه لا يعرف مقداره. قد قيد الإناء بكونه مما لا يحتمل الزيادة والنقصان، كأن يكون من خشب أو حديد، أما إذا كان يحتمل كالزنبيل والجوالق فلا يجوز. وعلى هذا بيع ملء قربة بعينها أو راوية

---

(١) انظر فيما قدمناه من المسائل في المذاهب الأخرى: في مذهب مالك «**الحطاب**» (٤/ ٢٩٦ ـ ٣٠٠) ـ وفي مذهب الشافعي «**المهذب**» (١/ ٢٦٣ ـ ٢٦٦) ـ وفي مذهب أحمد «**الشرح الكبير على متن المقنع**» (٤/ ٢٩ ـ ٣٩).

من النيل عن أبي حنيفة أنه لا يجوز، لأن الماء ليس عنده ولا يعرف قدر القربة. لكن أطلق في المجرد جوازه، ولا بد من اعتبار القرب المتعارفة في البلد مع غالب السقائين. . . وفي جمع التفاريق عن محمد رحمه الله جواز الشراء بوزن هذا الحجر، وفيه الخيار. وينبغي أن يكون هذا محمل الرواية عن أبي حنيفة أنه لا يجوز في البيع أيضاً كما لا يجوز في السلم». فهنا نرى أن المحل لم يعين فعلاً، ولكن وضعت عناصر تعيينه فكان قابلاً للتعيين، فهو ملء إناء بعينه، أو ملء قربة من القرب المتعارفة في البلد مع غالب السقائين، أو وزن حجر بعينه.

وقد تكون ظروف الزمان والمكان من العناصر الضرورية في قابلية المحل للتعيين، فقد ذكر الفقهاء أنه يجوز بيع الحمام في البرج ولو جزافاً لما في العد من مشقة. على أن في المسألة خلافاً، فهناك رأي يذهب إلى عدم جواز البيع إلاّ بالعد لما في البيع جزافاً من غرر. وعند الحنفية لا يجوز بيع الحمام في البرج إلاّ بالليل، لأن الحمام بالنهار يكون بعضه خارج البرج فلا يكون قابلاً للتعيين. . فعنصر الزمان هنا ضروري، لأن الحمام إذا بيع جزافاً لا يمكن أن يحاط به كل الإحاطة، فلا بد من الاكتفاء بقابليته للتعيين، ولا يكون قابلاً للتعيين إلاّ ليلاً عند ما يأوى إلى برجه. ويقول «**الحطاب**» (٤/ ٢٨٩) في بيع الحمام جزافاً أو بالعد ما يأتي: «من سماع أصبغ من جامع البيوع عن ابن القاسم أنه أجاز بيع البرج بما فيه وبيع جميع ما فيه إذا رآه وأحاط به معرفة وحزراً. قال ابن رشد لعبد الله بن نافع في المدونة إنه لا يجوز بيع حمام البرج جزافاً للغرر، ولا يباع إلاّ عدداً، وحكى ابن عرفة عن محمد عن ابن القاسم مثل ما روي عنه أصبغ، ونصه محمد عن ابن القاسم لا بأس ببيع ما في البرج من حمام أو بيعه بحمامه جزافاً. وحكي في التوضيح القولين من غير ترجيح، ورجح في الشامل الجواز وهو الظاهر»، ويقول «**ابن عابدين**» (٤/ ١٦٦) في عدم جواز بيع الحمام في البرج إلاّ بالليل ما يأتي: في «**الذخيرة**» باع برج حمام، فإن ليلاً جاز، ولو نهاراً فلا لأن بعضه يكون خارج البيت فلا يمكن أخذه إلاّ بالاحتيال»[1]. . .

والفقه الإسلامي كالفقه الغربي لا يجيز ترك تعيين الثمن لمحض إرادة المشتري ولا بيع الشيء بقيمته دون تحديد ثمن يكون معيناً أو قابلاً للتعيين. ويذهب الفقه الإسلامي في وجوب تعيين المحل إلى مدى أبعد من الفقه الغربي، فلا يجيز، كما يجيز الفقه الغربي، أن يترك تقدير الثمن إلى حكم أجنبي ولا يعتبر الثمن في هذه الحالة قابلاً للتعيين بتقدير الحكم، بل يعتبره مجهولاً جهالة فاحشة فلا يصح البيع. ويقول صاحب «**البدائع**» (٥/ ١٥٨) في هذه المسائل ما يأتي: «ولو قال بعت هذا العبد بقيمته فالبيع فاسد، لأنه جعل ثمنه قيمته، وأنها تختلف باختلاف تقويم المقومين، فكان الثمن مجهولاً. . . وكذا إذا باع بحكم المشتري أو بحكم فلان، لأنه لا يدري بماذا يحكم فلان فكان الثمن مجهولاً».

---

(١) ثم يقول «**ابن عابدين**» (٤/ ١٦٦): «والظاهر أنه مبني على ظاهر الرواية، تأمل. وفيه ألغز بعضهم فقال:

يا إماما في فقه نعمان أضحى ... حائز السبق مفرداً لا يجارى

أي بيت يجوز بيعك إيا ... بليل ولا يجوز نهاراً

والظاهر أنه وإن اتفق الفقه الإسلامي والفقه الغربي من حيث المبدأ في وجوب تعيين المحل، إلاّ أن الفقه الإسلامي، من حيث التطبيق، يتطلب قدراً من التعيين أكبر من القدر الذي يتطلبه الفقه الغربي، ويرجع ذلك إلى فكرة الغرر. فالفقه الإسلامي يتوقى الغرر ما استطاع ويتجنب مظانه. فإذا لم يكن المحل معيناً تعييناً واضحاً لا يتطرق إليه أي احتمال، خيف على الصفقة من الغرر، وفسد العقد. ونأتي بمثالين من الفقه الإسلامي، في أحدهما يجب اعتبار المحل قابلاً للتعيين من وجهة نظر الفقه العربي ومع ذلك يفسد العقد في الفقه الإسلامي لجهالة المحل، وفي الثاني يجب اعتبار المحل من وجهة نظر الفقه الغربي لا قابلاً للتعيين فحسب بل معيناً فعلاً ومع ذلك تختلف فيه الأقوال في الفقه الإسلامي فيرى بعض الفقهاء أن المحل مجهول والعقد فاسد.

جاء في **«المهذب»** (١/ ٢٦٦): «ولا يجوز (البيع) إلاّ بثمن معلوم القدر. فإن باع بثمن مجهول، كبيع السلعة برقمها وبيع السلعة بما باع به فلان سلعته وهما لا يعلمان ذلك، فالبيع باطل، لأنه عوض في البيع فلم يجز مع الجهل بقدره». وجاء في **«البدائع»** (٥/ ١٥٨): «ولو باع شيئاً بربح... ولم يعلم المشتري رأس ماله، فالبيع فاسد حتى يعلم فيختار أو يدع، هكذا روى ابن رستم عن محمد، لأنه إذا لم يعلم رأس ماله كان ثمنه مجهولاً، وجهالة الثمن تمنع صحة البيع. فإذا علم ورضي به، جاز البيع، لأن المانع من الجواز هو الجهالة عند العقد، وقد زالت في المجلس وله حكم حالة العقد، فصار كأنه كان معلوماً عند العقد وإن لم يعلم به حتى إذا افترقا، تقرر الفساد... وكذا إذا باع الشيء برقمه أو رأس ماله ولم يعلم المشتري رقمه ورأس ماله، فهو كما إذا باع شيئاً بربح... ولم يعلم ما اشترى به». فهنا بيعت السلعة برقمها أو برأس مالها أو بربح معلوم يضاف إلى رأس مالها أو بما باع به فلان سلعته، والمشتري يجهل رقم السلعة أو رأس المال أو الثمن الذي باع به فلان سلعته ولكن كل ذلك يمكن العلم به. ففي جميع هذه الأحوال يعتبر الفقه الغربي أن الثمن وإن لم يكن معيناً، قابل للتعيين، ومن ثم يكون البيع صحيحاً. أما الفقه الإسلامي، فها هو يعتبر البيع فاسداً للجهالة بالثمن، وكأنه لا يكتفي بأن يكون الثمن قابلاً للتعيين، بل يشترط أن يكون معلوماً من المشتري حال قيام مجلس العقد.

وجاء في **«البدائع»** (٥/ ١٥٨). وكذلك إذا اشترى من هذا اللحم ثلاثة أرطال بدرهم ولم يبين الموضع. فالبيع فاسد، وكذلك إذا بين الموضع بأن قال زن لي من هذا الجنب رطلاً بكذا أو من هذا الفخذ، على قياس قول أبي حنيفة في السلم وعلى قياس قولهما يجوز، وكذا روي عن محمد رحمه الله أنه يجوز». فهنا بيع الشيء، وقد عين جنسه، ومقداره، وثمنه، والموضع من الشاة الذي يؤخذ منه جنباً كان أو فخذاً. وهذا كاف في الفقه الغربي لاعتبار الشيء معيناً، فقد رأينا في هذا الفقه أن الشيء غير المعين بالذات يتعين ببيان جنسه ونوعه ومقداره. أما في الفقه الإسلامي، فها نحن نرى الخلاف بين أبي حنيفة وصاحبيه وإذا كان الصاحبان يقولان بجواز البيع في هذه الحالة، فأبو حنيفة يقول بعدم الجواز لجهالة المبيع.

تعيين المحل إذا كان نقوداً:

وفي الفقه الإسلامي، كما في الفقه الغربي، إذا وقع العقد على نقود، وجب أن تكون معينة

بنوعها ومقدارها، ويذكرون في الفقه الإسلامي أنه إذا أطلق الثمن عن ذكر الصفة، انصرف إلى المتعارف من نقد البلد. فإذا تعددت العملات في البلد الواحد، وتساوت في الرواج مع التفاوت في المالية، ولم يعين العقد إحداها، كانت هناك جهالة مفضية إلى المنازعة فيفسد العقد. أما إذا اختلفت في الرواج، سواء اختلفت في المالية، فالعقد صحيح أو اتحدت ويصرف إلى الأروج. وكذلك إذا تساوت في المالية والرواج معاً، صح العقد، ويؤدي من أيها شاء المدين إذ لا فضل لإحداها. وقد جاء في **«فتح القدير»** (٥/ ٨٤ ـ ٨٥) في هذه المسألة ما يأتي: «ومن أطلق الثمن في البيع، أي أطلقه عن ذكر الصفة بعد ذكر العدد، بأن قال عشرة دراهم مثلاً، انصرف إلى غالب نقد البلد لأنه هو المتعارف فينصرف المطلق إليه.. فإن كانت النقود مختلفة المالية، كالذهب الأشرفي والناصري بمصر، لكنها في الرواج سواء، فالبيع فاسد لعدم إمكان الصرف إلى أحدها بعينه دون الآخر، لما فيه من التحكم عند التساوي في الرواج، وإذا لم يمكن الصرف إلى أحدها والحالة أنها متفاوتة المالية، جاءت الجهالة المفضية إلى المنازعة، لأن المشتري يريد دفع الأنقص مالية والبائع يريد دفع الأعلى، فيفسد البيع، إلاّ أن ترتفع الجهالة ببيان أحدهما في المجلس ويرضى الآخر لارتفاع المفسد قبل تقرره. وإن كانت مختلفة المالية والرواج معاً، فالبيع صحيح، ويصرف إلى الأروج للوجه الذي تقدم من وجوب العمل بالعرف والعادة. وكذا إذا كانت متساوية المالية والروج، يصح البيع، ويؤدي من أيها شاء، لأنه لا فضل لأحدها. فلو طلب البائع أحدها بعينه، كان للمشتري أن يعطيه من الصنف الآخر، لأن الامتناع عن قبض ما أعطاه المشتري مع أنه لا فضل للآخر عليه ليس فيه إلاّ التعنت. وبهذا قلنا الدراهم والدنانير لا تتعين، حتى لو أراه درهماً اشترى به، فباعه، ثم حبسه وأعطاه درهماً آخر، جاز، يعني إذا كانا متحدي المالية».

وجاء في **«الزيلعي»** (٤/ ٥): «ومطلقه على النقد الغالب، أي مطلق الثمن يقع على غالب نقد البلد. ومراده من الإطلاق هنا أن يكون مطلقاً عن قيد البلد وعن قيد وصف الثمن بعد أن سمي قدره، بأن قال عشرة دراهم مثلاً. فإذا كان كذلك ينصرف إلى المتعامل به في بلده، لأن المعلوم بالعرف كالمعلوم بالنص، لا سيما إذا كان فيه تصحيح تصرفه. قال وإن اختلفت النقود، فسد إن لم يبين، وهذا إذا كان الكل في الرواج سواء وفي المالية مختلفة، لأن مثل هذه الجهالة مفضية إلى المنازعة، فتفسد إلى أن ترفع بالبيان، فإن كانت في الرواج مختلفة؛ ينصرف إلى غالب نقد البلد على ما بينا. وإن كانت في المالية سواء جاز البيع كيفما كان، غير أنه إن كان أحدهما أروج انصرف إليه لما ذكرنا، وإن كانت في الرواج سواء، كالأحادي والثنائي والثلاثي، جاز، لأن مالية كل واحد سواء، غير أن الأول كل واحد منه درهم والثاني كل اثنين منه درهم والثالث كل ثلاثة منه درهم. ونظيره الكاملي والعادلي والظاهري والمنصوري والناصري اليوم بمصر. فإذا اشترى بدراهم معلومة، فأعطى من أيها شاء، جاز، لأنه لا منازعة فيها ولا اختلاف في المالية».

وجاء في **«الحطاب»** (٤/ ٢٧٧ ـ ٢٧٨): «قال في كتاب الصرف من المدونة: ومن اشترى من رجل دراهم بين يديه كل عشرين بدينار، فلما نقده الدنانير قال لا أرضاها، فله نقد البلد. فإذا كان نقد البلد في الدنانير مختلفاً، فلا صرف بينهما، إلاّ أن يسميا الدنانير انتهى. وقال اللخمي إذا صرف دراهم بدنانير، أو باعه سلعة بدنانير، والدنانير الي يتصرف بها في البلد بين الناس مختلفة

السكك. كان ذلك فاسداً، إلاّ أن يكون الثمن فيما يباع به ذلك أو الغالب فيما يتصرفون به منها وغيره نادر قليل، فيجوز، ويحملان على الغالب انتهى. وذكر البرزلي فيما تعددت السكك وكان الغالب أحدهما قولين، قال وظاهر المدونة في كتاب الأكرية الجواز، ويحمل على الغالب انتهى. ونص ما في أكرية الدور منها: ومن اكترى داراً بدنانير، ولم يصفها، والنقد مختلف، فإن عرف لنقد الكراء سكة قضى بها، وإلاّ فسخ الكراء، وعليه فيما سكن كراء مثله. قال أبو الحسن قوله كراء مثله ظاهره من سكة واحدة: قلت وهذا إذا اختلفت السكك في النفاق، وأما إذا استوت في النفاق، فإن ذلك جائز، ويجبر البائع على أن يقبض ما جاء به المشتري. قال ابن رشد في آخر سماع ابن القاسم من جامع البيوع: البلد الذي تجوز فيه جميع السكك جوازاً واحداً لا فضل لبعضها على بعض، ليس من ابتاع فيه شيئاً أن يبين بأي سكة يبتاع، ويجبر البائع على أن يأخذ كل سكة أعطاه. كما أن البلد إذا كانت تخرج فيه سكة واحدة، فليس عليه أن يبين بأي سكة يبتاع، ويجبر على أن يقبض السكة الجارية. وكما أن البلد الذي تجري فيه جميع السكك ولا تجوز فيه بجواز واحد، لا يجوز البيع فيه حتى يسمى بأي سكة يبتاع، فإن لم يفعل كان البيع فاسداً».

هذه هي مشكلات النقد والعملة في تلك الأزمنة السالفة، تناولها الفقهاء بالتحليل كما نرى. وغني عن البيان أنه لم يكن هناك في تلك الأزمنة عملة ورقية ذات سعر قانوني أو ذات سعر إلزامي يثار فيها من المشاكل ما أثير في العصر الحاضر.

تعيين المحل إذا كان عملاً:

وإذا وقع العقد على عمل، وجب في الفقه الإسلامي كما في الفقه الغربي، أن يكون محل الالتزام معيناً أو قابلاً للتعيين. ونكتفي هنا بعقدين يقع كل منهما على العمل: عقد الأجير المشترك وعقد الاستصناع.

ففي عقد الأجير المشترك يجب بيان العمل الذي يستؤجر فيه الصناع والعمال، وهذا هو محل الالتزام، فلا بد أن يكون معلوماً علماً نافياً للجهالة الفاحشة، وإلاّ فسد العقد. جاء في **«البدائع»** (٤/ ١٨٤): «ومنها بيان العمل في استئجار الصناع والعمال لأن جهالة العمل في الاستئجار على الأعمال جهالة مفضية إلى المنازعة، فيفسد العقد، حتى لو استأجر عاملاً ولم يسم له العمل من القصارة والخياطة والرعي ونحو ذلك، لم يجز العقد. وكذا بيان المعمول فيه في الأجير المشترك إما بالإشارة والتعيين، أو ببيان الجنس والنوع والقدر والصفة في ثوب القصارة والخياطة، وبيان الجنس والقدر في إجارة الراعي من الخيل أو الإبل أو البقر أو الغنم وعددها، لأن العمل يختلف باختلاف المعمول. وعلى هذا يخرج ما إذا استأجر حفاراً ليحفر له بئراً، أنه لا بد من بيان مكان الحفر وعمق البئر وعرضها، لأن عمل الحفر يختلف باختلاف عمق المحفور وعرضه ومكان الحفر من الصلابة والرخاوة، فيحتاج إلى البيان ليصير المعقود، عليه معلوماً. وهل يشترط فيه بيان المدة؟ أما في استئجار الراعي المشترك فيشترط، لأن قدر المعقود عليه لا يصير معلوماً بدونه، وأما في استئجار القصار المشترك والخياط المشترك فلا يشترط، حتى لو دفع إلى خياط أو قصار أثواباً معلومة ليخيطها أو ليقصرها، جاز من غير بيان المدة، لأن المعقود عليه

يصير معلوماً بدونه».

أما الاستصناع فيلحقه الفقهاء عادة بالبيع، ويجعلون المعقود عليه فيه العين دون العمل، وإن كان هناك من الفقهاء من يقول إن المعقود عليه هو العمل لأن الاستصناع طلب الصنع وهو العمل. والواقع أن للاستصناع شبهاً بالإجارة من حيث إن فيه طلب الصنع، وشبهاً بالبيع من حيث إن المقصود منه هو العين المستصنع. ومن ثم يقع الاستصناع على كل من العين والعمل. ومحل الاستصناع هو المستصنع وهو يجمع بين العين والعمل فلا بد أن يكون المستصنع إذن معلوماً علماً نافياً للجهالة الفاحشة، وذلك ببيان جنسه ونوعه وقدره وصفته، وإلاّ فسد العقد. جاء في **«شرح العناية»** للبابرتي (هامش **«فتح القدير»** ٥/ ٣٥٥ ـ ٣٥٦): «والمعقود عليه هو العين دون العمل، حتى لو جاء به مفروغاً لا من صنعته أو من صنعته قبل العقد فأخذه جاز. وفيه نفى القول أبي سعيد البردعي فإنه يقول المعقود عليه هو العمل، لأن الاستصناع طلب الصنع وهو العمل، وعورض بأنه لو كان بيعاً لما بطل بموت أحد المتعاقدين، لكنه يبطل بموت أحدهما، ذكره في جامع قاضيخان. وأجيب بأن للاستصناع شبهاً بالإجارة من حيث إن فيه طلب الصنع وهو العمل، وشبهاً بالبيع من حيث إن المقصود منه هو العين المستصنع».

وجاء في **«البدائع»** (٥/ ٣٥٩): «وأما شرائط جوازه (أي الاستصناع) فمنها بيان جنس المستصنع ونوعه وقدره وصفته». وقد سبقت الإشارة إلى ذلك عند الكلام في بيع المعدوم.

الفرع الثالث

المحل صالح للتعامل فيه

المبحث الأول

صلاحية المحل للتعامل فيه في الفقه الغربي

متى يعتبر الشيء غير صالح للتعامل فيه في الفقه الغربي:

يكون الشيء، في الفقه الغربي، غير صالح للتعامل فيه لأحد أسباب ثلاثة:

١ ـ إما لأن طبيعته تتعارض مع التعامل فيه.

٢ ـ وإما لأن الغرض الذي خصص له يتنافى مع هذا التعامل.

٣ ـ وإما لأن التعامل فيه يعتبر مخالفاً للنظام العام أو الآداب.

فهناك أشياء تأبى طبيعتها التعامل فيها. فالإنسان لا يجوز التعامل فيه بحكم أنه إنسان. وذلك بعد تحريم الرق. والشمس والهواء والبحر لا يمكن التعامل فيها بحكم طبيعتها، وكذلك لاستحالة التعامل. فإذا أمكن التعامل فيها من بعض النواحي جاز، وذلك كأشعة الشمس يحصرها المصور الفوتوغرافي، والهواء يستعمله الكيمائي في أغراضه، والبحر يؤخذ من مائه ما يصلح أن يكون محلاً للتملك. وقد لا يكون للشيء مالك فهو مال مباح، كالطير في الهواء والسمك في البحر،

ويملكه من يستولى عليه، وعندئذٍ يستطيع أن يتعامل فيه.

وهناك أشياء يتنافى الغرض الذي خصصت له مع التعامل فيها. فالملك العام لا يصح بيعه ولا التصرف فيه لأنه مخصص لمنفعة عامة، وتخصيصه هذا يتنافى مع جواز التصرف فيه، والمال الموقوف (وقفاً خيرياً بعد إلغاء الوقف الأهلي) خصص لغرض يقتضي حبسه عن التصرف فيه ما دام وقفاً. وعدم الصلاحية للتعامل بسبب الغرض الذي خصص له الشيء أمر نسبي. فالملك العام إذا كان لا يصلح محلاً للبيع، فإنه يصلح محلاً للإيجار، كما في شغل جزء من الطريق العام، أو في منح رخصة لإقامة أكشاك (كابينات) على شواطىء البحار. والمال الموقوف إذا كان لا يجوز بيعه، فإنه يجوز إيجاره. والضابط في هذه المسألة أن عدم الصلاحية للتعامل إنما يرجع إلى الغرض الذي خصص لشيء له، فكل تعامل يتنافى مع هذا الغرض لا يجوز. أما التعامل الذي لا يتنافى معه فهو جائز.

وهناك أخيراً أشياء يعتبر التعامل فيها مخالفاً للنظام العام أو الآداب، فيحرم التعامل لأنه يكون غير مشروع. وعدم المشروعية إما أن يكون مفهوماً من مقتضى مخالفة التعامل للنظام العام أو الآداب. وإما أن يكون قد ورد فيه نص صريح. والنص إنما يكشف عن المخالفة ولا ينشئها. ووجوده إنما يكون دليلاً على عناية المشرع بالأمر عناية خاصة، فآثر أن يورد فيه نصّاً، كما فعل المشرع المصري عند ما نص في المادة ٤٨ من التقنين المدني على أن «ليس لأحد النزول عن أهليته ولا التعديل في أحكامها». أو هو تحديد لأمر يتدخل المشرع لتحديده، كما فعل في تحديد الربا الفاحش. أو هو إيضاح في مقام يكون عدم النص فيه مؤدياً إلى الغموض، كما في النص الذي يحرم التعامل في التركة المستقبلة. أو هو تحريم لأمر تقضي ظروف البلد الخاصة بتحريمه، كما حرم المشرع المصري الإتجار في الحشيش والمخدرات، وكما حرم بيع الوفاء. فيمكن القول إذن أن المحل غير مشروع إذا كان مخالفاً للنظام العام أو الآداب، سواء ورد نص في القانون بتحريمه أو لم يرد. وتضع المادة ١٣٥ من التقنين المدني المصري هذه القاعدة العامة في العبارات الآتية: «إذا كان محل الالتزام مخالفاً للنظام العام أو الآداب، كان العقد باطلاً»(١) فإذا عرفنا ما هو النظام العام والآداب، أمكن أن نقرر ما إذا كان نص معين في القانون يعتبر من النظام العام أو الآداب فلا يجوز الاتفاق على ما يخالفه، وأمكن أيضاً أن نقرر، حتى عند انعدام النص ما إذا كان

---

(١) ويقابل هذا النص في التقنين المدني السوري المادة ١٣٦ وهي مطابقة، وفي التقنين المدني الليبي المادة ١٣٥ وهي مطابقة، وفي التقنين المدني العراقي المادة ١٣٠ وتجري على الوجه الآتي: «يلزم أن يكون محل الالتزام غير ممنوع قانوناً ولا مخالفاً للنظام العام أو للآداب، وإلاّ كان العقد باطلاً. وتعتبر من النظام العام بوجه خاص الأحكام المتعلقة بالأحوال الشخصية كالأهلية والميراث والأحكام المتعلقة بالانتقال والإجراءات اللازمة للتصرف في الوقف وفي العقار، وللتصرف في مال المحجوز ومال الوقف ومال الدولة، وقوانين التسعير الجبري، وسائر القوانين التي تصدر لحاجة المستهلكين في الظروف الاستثنائية». وفي تقنين الموجبات والعقود اللبناني المادة ١٩٢ فقرة أولى وتجري على الوجه الآتي «باطل كل عقد يوجب أمراً لا يبيحه القانون ولا ينطبق على الآداب».

الشيء مخالفاً للنظام العام أو الآداب فلا يصح أن يكون محلاً للتعاقد. فما هو المقصود إذن بالنظام العام والآداب؟.

النظام العام والآداب:

تعتبر القاعدة القانونية من النظام العام إذا قصد بها إلى تحقيق مصلحة عامة، سياسية أو اجتماعية أو اقتصادية، تتعلق بنظام المجتمع الأعلى، وتعلو على مصلحة الأفراد. وتضيق دائرة النظام العام إذا تغلبت الفكرة الفردية لأن هذه الفكرة تطلق الحرية للفرد، فلا تتدخل الدولة في شؤونه، ولا تحميه إذا كان ضعيفاً، ولا تكبح جماحه إذا كان قويّاً، فإذا ما تغلبت الفكرة الاشتراكية ومذاهب التضامن الاجتماعي، اتسعت دائرة النظام العام وأصبحت الدولة تقوم بشؤون كانت تتركها للفرد، وتتولى حماية الضعيف من القوي، بل هي تحمي الضعيف ضد نفسه. ولا توجد قاعدة ثابتة تحدد ما هو «النظام العام» تحديداً مطلقاً يتمشى على كل زمان ومكان، لأن النظام العام أمر نسبي، وكل ما يستطاع هو وضع معيار مرن، هو معيار «المصلحة العامة التي تتعلق بنظام المجتمع الأعلى»، وتطبيق هذا المعيار في حضارة معينة يؤدي إلى نتائج غير التي نصل إليها في حضارة أخرى.

والآداب، في أمة معينة، وفي جبل معين، هي مجموعة من القواعد وجد الناس أنفسهم ملزمين باتباعها طبقاً لناموس أدبي يسود علاقاتهم الاجتماعية. وهذا الناموس الأدبي هو وليد المعتقدات الموروثة، والعادات المتأصلة، وما جرى به العرف، وتواضع عليه الناس، وللدين أثر كبير في تكييفه، وكلما اقترب الدين من الحضارة، كلما ارتفع المعيار الخلقي. ومن هنا نرى أن العوامل التي تكيف الناموس الأدبي كثيرة مختلفة. فالعادات والعرف والدين والتقاليد، وإلى جانب ذلك، بل في الصميم منه، ميزان إنساني يزن الحسن والقبح، ونوع من الإلهام البشري يميز بين الخير والشر، كل هذه العوامل مجتمعة توجد الناموس الأدبي الذي تخضع الناس له، ولو لم ينص القانون على ذلك. ومعيار الآداب ـ أو «الناموس الأدبي» ـ ليس معياراً ذاتيّاً يرجع فيه كل شخص إلى نفسه وإلى تقديره الذاتي، بل هو معيار موضوعي اجتماعي يرجع فيه الشخص إلى ما تواضع عليه الناس. وهو في الوقت ذاته معيار نسبي غير ثابت، يتطور تبعاً لتطور الفكرة الأدبية في حضارة معينة. فهناك أمور كانت تعتبر مخالفة للآداب فيما مضى، كالربا والتأمين عل الحياة والوساطة في الزواج والعري، أصبحت الآن ينظر لها نظراً آخر وهناك على النقيض من ذلك، أمور أصبحت الآن مخالفة للآداب، كالرق وإدخال المهربات في بلاد أجنبية، وكانت من قبل غير ذلك وفي العصر الواحد، يختلف الناموس الأدبي من بلد إلى بلد، فالحجاب وتعدد الزوجات يختلف النظر إليها في الشرق عنه في الغرب.

وترى من ذلك أن النظام العام والآداب هما الباب الذي تدخل منه العوامل الاجتماعية والاقتصادية والخلقية فتؤثر في القانون وروابطه، وتجعله يتمشى مع التطورات الاجتماعية والاقتصادية والخلقية في الجيل والبيئة، وتتسع دائرة النظام العام والآداب أو تضيق تبعاً لهذه التطورات، وطريقة فهم الناس لنظم عصرهم، وما تواضعوا عليه من آداب. ونحن في العصر

الحاضر نشهد تغلب النزعة الاشتراكية واتساع دائرة النظام العام من ناحية، ونشهد من ناحية أخرى تأثر القانون المضطرد بالعوامل الخلقية حتى صح أن يسمى هذا العصر بعصر تغلغل الروح الاشتراكية والروح الخلقية في القانون (socialisation et moralisation du droit) على أن الفكرتين اللتين تسودان النظام العام والآداب، فتبعثان فيهما الخصب والمرونة والقابلية للتطور، هما:

أولاً: فكرة «المعيار»، فمعيار النظام العام «هو المصلحة العامة التي تتعلق بنظام المجتمع الأعلى»، ومعيار الآداب هو «الناموس الأدبي». وهما معياران موضوعيان لا ذاتيان.

ثانياً: فكرة «النسبية». فلا يمكن تحديد دائرة النظام العام والآداب إلاّ في أمة معينة وفي جيل معين.

ونحاول أن نحدد دائرة النظام العام والآداب في بيئتنا الحالية وعصرنا الحاضر، فنستعرض اتفاقات تخالف النظام العام وأخرى تخالف الآداب[١].

المطلب الأول

اتفاقات تخالف النظام العام

روابط القانون العام وروابط القانون الخاص:

لا ينحصر النظام العام في دائرة روابط القانون العام، فالنظام العام يتناول دون شك روابط القانون العام وروابط القانون الخاص على السواء. وهو في روابط القانون الخاص، لا يقتصر على روابط الأحوال الشخصية بل يتناول أيضاً روابط المعاملات المالية.

١ - روابط القانون العام

أنواع هذه الروابط:

ينظم القانون العام علاقة الأفراد بالهيئات العامة وروابط الهيئات العامة بعضها ببعض... ففروع القانون العام هي إذن القانون الدستوري والقانون الإداري والقانون المالي والنظام القضائي والقانون الجنائي والروابط التي تنظمها هذه القوانين هي من النظام العام، إذ الهدف فيها هو تحقيق «المصلحة العامة التي تتعلق بنظام المجتمع الأعلى»، فلا يجوز للأفراد أن يتفقوا على ما يتعارض مع هذه المصلحة تحقيقاً لمصالحهم الفردية.

ونستعرض أمثلة على ذلك تتعلق:

١ - بالقواعد الدستورية والحريات العامة.

٢ - وبالنظم الإدارية والمالية.

---

(١) انظر فيما قدمناه وفيما يلي عن النظام العام والآداب وعن صلاحية المحل للتعامل فيه «**الوسيط**» (١/ ٣٩٧ - ٤١٣).

٣ ـ وبالنظام القضائي.

٤ ـ وبالقوانين الجنائية.

القواعد الدستورية والحريات العامة:

تشكيل المجالس النيابية وطرق القيام بأعمالها، كل هذا يعتبر من النظام العام، ولا يجوز الاتفاق على ما يعارضه. فلا يجوز لمرشح أن يتعهد آخر ألا يرشح نفسه، سواء كان هذا التعهد بمقابل أو بغير مقابل. ولا يجوز لناخب أن يتعهد لمرشح بإعطائه صوته، ويكون هذا التعهد إذا وقع باطلاً لمخالفته للنظام العام. ولا يجوز لنائب في هيئة تشريعية أن يتعهد بالنزول عن عضويته في هذه الهيئة لمصلحة شخص آخر، ولا أن يقيد نفسه باتفاق على أن يصوت لرأي معين.

والحريات العامة، كالحرية الشخصية وما يتفرع عنها من حرمة النفس والحرية الأدبية وحرية الدين والاعتقاد وحرية الاجتماع وحرية العمل والتجارة هي أيضاً من النظام العام.

لا يجوز لأحد النزول عن حريته الشخصية. وتطبيقاً لهذا المبدأ قضت الفقرة الثانية من المادة ٦٧٨ من التقنين المدني المصري بأنه لا يجوز لأحد أن يتعهد بخدمة آخر طول حياته أو طول حياة المخدوم، «فإذا كان عقد العمل لمدة حياة العامل أو رب العمل أو لأكثر من خمس سنوات، جاز للعامل بعد انقضاء خمس سنوات أن يفسخ العقد دون تعويض على أن ينظر رب العمل إلى ستة أشهر».

وللنفس حرمة لا يجوز انتهاكها باتفاقات تتعارض مع سلامتها. فيكون باطلاً كل اتفاق يتعهد بموجبه شخص أن يعرض سلامته لخطر لا توجبه الضرورة، كالاتفاق على المبارزة أو الملاكمة أو المصارعة، وإن كان هناك ميل في الوقت الحاضر إلى إباحة التعاقد فيما يتعلق بالألعاب الرياضية ولو كانت عنيفة، كالملاكمة والمصارعة، لانتشار هذه الألعاب ورضاء الرأي العام عنها.

وكحرمة النفس الحرمة الأدبية لا يجوز انتهاكها. فلا يصح أن يتنازل مؤلف عن حقه الأدبي في إدخال ما يراه من التعديل فيما ألفه، حتى لو كان قد نزل عن حقوقه المادية في مؤلفه.

ويبطل كل اتفاق يقيد من حرية الشخص في اعتناق الدين الذي يختاره، وكذلك كل اتفاق يقيد الشخص بعقيدة معينة أو بمذهب معين من مذاهب التفكير.

ولكل شخص الحق في أن يجتمع مع غيره في هيئة أو جماعة، وأن ينتمي إلى ما يشاء من الجمعيات ما دام الغرض الذي تألفت من أجله هذه الجمعيات مشروعاً. وأكثر ما يطبق هذا المبدأ في حالة نقابات العمال، فلكل عامل الحق في الانضمام إلى النقابة التي يختارها، وهو حر كذلك في ألا ينضم إلى نقابة ما. على أنه قضى بصحة اتفاق تعهد صاحب العمل بموجبه ألا يستخدم من العمال إلاّ من كان منضماً إلى نقابة، فتقيدت بذلك حرية العامل على نحو ما في أن يبقى بعيداً عن النقابات.

ولكل شخص الحرية في اختيار العمل الذي يتخذه حرفة له وفي القيام بما يشاء من أنواع التجارة، ولا يجوز أن يحرم شخص من هذه الحرية ولو رضي بهذا الحرمان فإذا تعهد شخص بألا

يعمل في تجارة معينة أو بألا يلتحق بعمل معين، فقد قيد بذلك من حريته في التجارة والعمل، وقد يكون هذا القيد مخالفاً للنظام العام. وكان القضاء في فرنسا وفي مصر يبطل القيد، لمخالفته للنظام العام إذا كان مطلقاً غير محدود لا بزمان ولا بمكان. أما إذا قيد بزمان كأن يتعهد الشخص بأن يمتنع عن العمل أو التجارة مدة معينة، أو بمكان كأن يلتزم المتعهد بالامتناع عن العمل أو التجارة في مكان معين، كان التعهد صحيحاً، ثم بدا ميل من جانب القضاء إلى العدول عن هذه القواعد الجامدة واستبدال معيار مرن بها، فلا يكون المدار في الصحة والبطلان أن يتقيد المتعهد بزمان أو بمكان أو لا يتقيد، بل المهم أن يكون التعهد معقولاً لا تعسف فيه. ولا يكون هناك تعسف إذا كان التعهد لازماً لحماية الدائن من منافسة المدين غير المشروعة حتى لو كان هذا التعهد مطلقاً من كل قيد في الزمان أو في المكان، ويكون التعهد باطلاً إذا ما زاد عن الحد اللازم لهذه الحماية المشروعة حتى لو كان مقيداً في الزمان وفي المكان. فالعبرة إذن ليست بتقييد التعهد بل بكونه لازماً لحماية المشروعة. وتطبيقاً لهذا المعيار نصت المادة ٦٨٦ من التقنين المدني المصري على ما يأتي:

١ ـ إذا كان العمل الموكول إلى العامل يسمح له بمعرفة عملاء رب العمل أو بالإطلاع على سر أعماله، كان للطرفين أن يتفقا على ألا يجوز للعامل بعد انتهاء العقد أن ينافس رب العمل، ولا أن يشترك في أي مشروع يقوم بمنافسته».

٢ ـ غير أنه يشترط لصحة هذا الاتفاق أن يتوافر فيه ما يأتي:

أ ـ أن يكون العامل بالغاً رشده وقت إبرام العقد.

ب ـ أن يكون القيد مقصوراً من حيث الزمان والمكان ونوع العمل على القدر الضروري لحماية مصالح رب العمل المشروعة».

٣ ـ ولا يجوز أن يتمسك رب العمل بهذا الاتفاق إذا فسخ العقد أو رفض تجديده دون أن يقع من العامل ما يبرر ذلك، كما لا يجوز له التمسك بالاتفاق إذا وقع منه هو ما يبرر فسخ العامل للعقد».

وكذلك نصت المادة ٦٨٧ على ما يأتي: «إذا اتفق على شرط جزائي في حالة الإخلال بالامتناع عن المنافسة، وكان في الشرط مبالغة تجعله وسيلة لإجبار العامل على البقاء في صناعة رب العمل مدة أطول من المدة المتفق عليها، كان هذا الشرط باطلاً، وينسحب بطلانه أيضاً إلى شرط عدم المنافسة في جملته».

النظم الإدارية والمالية:

والنظم الإدارية والمالية هي أيضاً تحقق مصلحة عامة، فهي من النظام العام ولا يجوز الاتفاق على ما يتعارض مع هذه المصلحة.

فلا يجوز للموظف أن ينزل عن وظيفته لشخص آخر، ولا أن يتعهد له بأن يستقيل من وظيفته، وكل عقد يرمي إلى جعل الموظف يستفيد من وراء وظيفته، كأن يتعاقد على شيء متصل

بأعمال الوظيفة فيجني من وراء ذلك ربحاً، يكون عقداً باطلاً لمخالفته للنظام العام. وليس الأمر مقصوراً على الموظف، فكل وسيط يبذل وساطته في نظير مقابل يحصل عليه للوصول إلى نتيجة تحتم النزاهة في الإدارة أن يكون الوصول إليها دون مقابل أو وساطة، إنما يقوم بعمل غير مشروع، ويكون تعاقده باطلاً، فاتفاق الوسيط مع شخص على جعل بأخذة الوسيط إذا مكن هذا الشخص من الحصول على وظيفة أو على امتياز من الحكومة يكون اتفاقاً باطلاً لمخالفته للنظام العام.

كذلك لا يجوز للموظف أن يقوم بعمل تجاري محرم عليه. بل إن هناك من المهن، كالطب والمحاماة، ما ينظم تنظيماً إدارياً، ولا يجوز لمن يمارسها أن يخلط بينها وبين أعمال التجارة. فلا يجوز للطبيب أن يتفق مع صيدلي على أن يرسل الطبيب عملاءه للصيدلي ليشتروا منه الأدوية اللازمة لهم، في مقابل جعل. ولا يجوز للمحامي أن يجعل وسيطاً بينه وبين موكليه ويؤجر الوسيط على وساطته، ولا أن يأخذ في مقابل أتعابه جزءاً من الحق المتنازع فيه فإن هذا ضرب من الاتجار بالمهنة واستغلال لضعف الموكل.

وقد رأينا فيما تقدم أن القوانين التي تنظم النقد والعملة تعتبر من النظام العام، وإن شرط الدفع بالذهب باطل في المعاملات الداخلية والمعاملات الخارجية على السواء.

النظام القضائي:

تحديد اختصاص المحاكم، فيما عدا الاختصاص المحلي، يعتبر من النظام العام. ولا يجوز للخصوم أن يتفقوا على اختصاص محكمة تكون غير مختصة بالنسبة إلى ولايتها أو بالنسبة إلى اختصاصها النوعي، فيرفعوا قضية من اختصاص القضاء الإداري إلى القضاء المدني، أو قضية من اختصاص المحاكم الجنائية إلى المحاكم المدنية.

وقابلية الحكم للطعن فيه بطريق المعارضة أو الاستئناف أو النقض أو التماس إعادة النظر أو غير ذلك قد تعتبر من النظام العام. فلا يجوز للخصوم أن يتفقوا على أن المعارضة جائزة في حكم حضوري، أو أن الاستئناف جائز في حكم لا يقبله، ولكن يجوز الاتفاق على أن الحكم الذي يصدر من محكمة أول درجة لا يستأنف ولا يعارض فيه حتى لو كان قابلاً للاستئناف أو للمعارضة.

القوانين الجنائية:

لا تجوز مخالفة القوانين الجنائية باتفاقات خاصة، لأن هذه القوانين تعتبر من النظام العام، فيعد باطلاً الاتفاق على ارتكاب جريمة أو الاتفاق على عدم ارتكاب جريمة لقاء مبلغ من المال. ويعد باطلاً أيضاً الاتفاق الذي يلتزم بموجبه شخص بأن يتحمل عن آخر ما قد عسى أن يتعرض له من مسؤولية جنائية، والاتفاق الذي يلتزم بموجبه شخص بأن يدفع الغرامات التي يحكم بها جنائياً على شخص آخر. ولا يجوز بموجب اتفاق خاص أن تخلق جريمة ليست موجودة في القانون، كأن يتفق البائع والمشتري ـ في البيع بالتقسيط ـ على أن يسميا البيع إيجاراً حتى تتوافر أركان جريمة التبديد.

٢ ـ روابط القانون الخاص

الأحوال الشخصية:

كثير من روابط الأحوال الشخصية يحقق مصلحة عامة ويعتبر من النظام العام، فلا يجوز للأفراد تعديلها باتفاقات فيما بينهم. من ذلك الحالة المدنية للشخص، وأهليته، وعلاقته بأسرته.

فلا يجوز تعديل الحالة المدنية باتفاق خاص، كأن يتفق شخص مع آخر على تعديل جنسيته أو تغيير اسمه أو النزول عن بنوته أو الصلح على شيء من ذلك. أما إذا أصبح اسم الشخص اسماً تجارياً، فإنه يكون مالا فيجوز النزول عنه وبيعه والتصرف فيه.

وقواعد الأهلية من النظام العام، فلا يستطيع شخص أن ينزل عن أهليته أو يزيد فيها أو ينقص منها باتفاق خاص. وقد نصت المادة ٤٨ من التقنين المدني المصري على أنه «ليس لأحد النزول عن أهليته ولا التعديل في أحكامها». وكالأهلية الولاية، فلا يجوز للولي أو الوصي أو القيم أن يزيد أو ينقص من حدود ولايته.

وعلاقة الشخص بأسرته وماله من حقوق وما عليه من واجبات، كل هذا يعتبر من النظام العام، إذا لم يكن حقوقاً مالية محضة. مثل ذلك الحقوق والواجبات التي تنشأ عن عقد الزواج، فلا يجوز الاتفاق ما بين الزوجين على تعديل ما للزوج من حقوق على زوجته في الطاعة والأمانة الزوجية، أو تعديل ما للزوجة من حقوق على زوجها من النفقة والرعاية. ولا يجوز للزوج المسلم أن ينزل عن حقه في الطلاق، أما إذا تعهد الزوج بتعويض زوجته إذا طلقها فليس في ذلك مخالفة للنظام العام، لكن ينتفي الالتزام بهذا التعهد إذا كان الزوج لم يطلق زوجته إلاّ بناء على فعل أتته هي اضطره إلى ذلك، ومن ثم يكيف التعهد بأنه التزام أصلي معلق على شرط واقف هو وقوع الطلاق بفعل الزوج. كذلك الحقوق والواجبات التي تنشأ من الأبوة تعتبر من النظام العام. فللأب حق تربية أولاده، فلا يجوز أن يقيد نفسه باتفاق يحدد طريقة تربية الأولاد أو يلزمه مقدماً باختيار دين معين لهم كأن يكون الأولاد على دين الأم مثلاً. والنفقات بمختلف أنواعها، من نفقة الزوجة ونفقة الصغير والنفقة ما بين الأصول والفروع والنفقة ما بين ذوي الأرحام تعتبر كلها من النظام العام، فلا يجوز نزول الشخص مقدماً عن حقه في مطالبة من تجب عليه النفقة له، وإن كان يجوز النزول عن النفقة المتجمدة بعد تجمدها.

المعاملات المالية:

من روابط المعاملات المالية ما يحقق مصلحة عامة، فيعتبر من النظام العام. من ذلك الأسس التي يقوم عليها النظام الاقتصادي في البلاد، فهي تارة تفسح المجال للنشاط الفردي، وطوراً تحد من هذا النشاط لحماية الجانب الضعيف. ومن ذلك أيضاً الأحكام التي تكفل حماية حسن النية، والحماية من الغش والخطأ.

فمن الأسس التي تفسح المجال للنشاط الفردي وتكفل تداول المال واستثماره على خير وجه أن حق الملكية لا يجوز أن يقيد المالك في استعماله بغل يده عن التصرف فيه، وشرط عدم

التصرف باطل ما لم يكن مبنيّاً على باعث مشروع ومقصوراً على مدة معقولة. ولا يجوز أن يتقيد المالك بالبقاء في الشيوع لمدة تزيد على خمس سنوات (م ٨٣٤ مدني مصري) لأن الشيوع بعيد عن أن يكون خير الوجوه لاستثمار الملكية.

ومن الأسس التي تكفل حماية الجانب الضعيف ما قرره القانون في صدد عقود الإذعان من جواز تعديل الشروط التعسفية أو الإعفاء منها، ويقع باطلاً كل اتفاق على خلاف ذلك (م ١٤٩ مدني مصري)، وما قرره من إبطال العقد أو إنقاص الالتزامات في حالة الاستغلال (م ١٢٩ مدني مصري)، وما قرره من إنقاص الالتزام المرهق في حالة الحوادث الطارئة (م ١٤٧ مدني مصري)، وما قرره من جواز تخفيض الشرط الجزائي (م ٢٢٤ مدني مصري)، وما قرره من عدم جواز الاتفاق على سعر للفائدة أعلى من السعر الذي يسمح به القانون (م ٢٢٧ مدني مصري).

ومن الأحكام التي تحمي حسن النية وتحمي من الغش والخطأ القواعد التي رسمها القانون لشهر الحقوق العينية، فيكون باطلاً اتفاق البائع مع المشتري على أن تعتبر الحقوق العينية المترتبة على العين المبيعة سارية في حق المشتري ولو لم تشهر هذه الحقوق على الوجه الذي يتطلبه القانون. كذلك لا يتقيد الدائن باتفاقه مع المدين على نزوله مقدماً عن الطعن في تصرفات مدينه بالصورية أو بالدعوى البولصية. ولا يجوز لشخص أن يشترط عدم ضمان تعرضه الشخصي أو عدم مسؤوليته عن الغش الذي يصدر منه، ولا يجوز الإعفاء من المسؤولية التقصيرية سواء كانت مبنية على غش أو على خطأ، ولا الإعفاء من المسؤولية العقدية إذا كانت مبنية على غش أو على خطأ جسيم.

المطلب الثاني
اتفاقات تخالف الآداب

العلاقات الجنسية:

كل اتفاق على إيجاد علاقات جنسية غير مشروعة باطل لمخالفته للآداب. فيكون باطلاً التعهد الذي يلتزم بموجبه رجل أن يؤجر امرأة في مقابل استمرار هذه العلاقة، أو العودة إليها إذا كانت قد انقطعت.

أما إذا كان المال الذي يتعهد الرجل بدفعه إنما هو على سبيل التعويض لما أصاب المرأة من ضرر من جراء العلاقة الجنسية، فالتعهد صحيح، بل هو اعتراف بالتزام طبيعي.

بيوت العهارة:

كل اتفاق يتعلق باستغلال بيوت أعدت للعهارة يعتبر باطلاً لمخالفته للآداب ولو كانت هذه البيوت قد حصلت على ترخيص إداري. فبيع بيت أعد للعهارة، وإيجاره، وشراء مفروشات له، واستئجار أشخاص ليقوموا على خدمته، وإنشاء شركة لاستغلاله، وإقراض مال للإعانة على إدارته. كل هذه عقود باطلة لمخالفتها للآداب.

وتكون هذه العقود باطلة أيضاً، حتى لو وقعت على بيت لم يكن معدّاً للعهارة وقت صدور

العقد، إذا تبين أن الباعث لأحد المتعاقدين على التعاقد هو إعداد البيت للعهارة وكان المتعاقد الآخر يعلم بهذا الباعث، ولكن بطلان العقد يكون في هذه الحالة لعدم مشروعية السبب.

المقامرة والرهان:

تنص المادة ٧٣٩ من التقنين المدني المصري على أنه:

١ - يكون باطلاً كل اتفاق خاص بمقامرة أو رهان.

٢ - ولمن خسر في مقامرة أو رهان أن يسترد ما دفعه ثلاث سنوات من الوقت الذي أدى فيه ما خسره، ولو كان هناك اتفاق يقضي بغير ذلك، وله أن يثبت ما أداه بجميع الطرق» وتنص المادة ٧٤٠ من التقنين ذاته على أنه:

١ - يستثنى من أحكام المادة السابقة: الرهان الذي يعقده فيما بينهم المتبارون شخصياً في الألعاب الرياضية، ولكن للقاضي أن يخفض قيمة هذا الرهان إذا كان مبالغاً فيه.

٢ - ويستثنى أيضاً ما رخص فيه قانوناً من أوراق النصيب».

ويعد باطلاً أيضاً بيع بيت يدار للمقامرة وإيجاره وكل ما يقع عليه من العقود بقصد استغلاله للمقامرة، سواء في ذلك كان البيت معدّاً للمقامرة قبل صدور العقد، ويكون المحل في هذه الحالة مخالفاً للآداب، أو لم يكن معدّاً لها ما دام الباعث على التعاقد هو إعداد البيت للمقامرة، ويكون المخالف للآداب في هذه الحالة هو السبب لا المحل كما رأينا في بيوت العهارة.

أمثلة أخرى لاتفاقات مخالفة للآداب:

ويعد مخالفاً للآداب كسب المال من طريق غير شريف. فمن يتقاضى أجراً جزاء القيام بعمل كان يجب عليه القيام به دون أجر لا يستحق هذا الأجر ويكون عقده باطلاً، كمن يتعهد برد وديعة عنده أو مال اقترضه أو شيء سرقه في مقابل أجر يأخذه. كذلك لا يجوز أن يتقاضى شخص أجراً للامتناع عن عمل يجب عليه الامتناع عنه دون أجر، كمن يتعهد بعدم ارتكاب جريمة في مقابل أجر لذلك.

ولا تجوز الخديعة ولا الانحراف عن واجب الأمانة في التعامل. فإذا اتفق مدير مصنع مع أحد المهندسين الذين يعملون في مصنع منافس على أن يبوح له بالأسرار الفنية لهذا المصنع المنافس في مقابل أجر، كان الاتفاق باطلاً لمخالفته للآداب. والاتفاق على الدعاية لسلعة عن طريق غش الجمهور وخديعته اتفاق يخالف الآداب، فهو باطل. وكان القضاء الفرنسي يبطل الاتفاق الذي يتم ما بين مدير المسرح وجماعة من الناس يسمون «بالهتافة» (claque)، يستأجرهم المدير للتصفيق وترويج ما يعرض على المسرح، لأن مثل هذا الاتفاق من شأنه أن يخدع الجمهور. ثم رجع القضاء عن ذلك، وأصبح الآن يقضي بصحة هذا الاتفاق لأن الهتافة قد يؤدون خدمة للفن بتشجيعهم للممثلين والفنانين المبتدئين.

المبحث الثاني

صلاحية المحل للتعامل فيه في الفقه الإسلامي

عدم الصلاحية يرجع إلى طبيعة الشيء أو إلى الغرض الذي خصص له:

الفقه الإسلامي كالفقه الغربي في ذلك، بل إن الفقه الإسلامي أوسع بياناً وأكثر تفصيلاً. فالشيء لا يصلح للتعامل فيه، في الفقه الإسلامي، إذا تنافى هذا التعامل مع الغرض الذي خصص له الشيء.

وهذا يفسر جواز بيع الموقوف وإن صح إيجاره، وعدم جواز بيع المسجد.

والشيء لا يصلح للتعامل فيه، في الفقه الإسلامي، إذا أبت طبيعة الشيء هذا التعامل. وهنا نرى الفقه الإسلامي يسهب في البيان. فالبيع لا ينعقد إلاّ إذا كان المبيع مالاً متقوماً مملوكاً، فغير المال، والمال غير المتقوم، والمال المتقوم غير المملوك، كل ذلك تأبى طبيعته التعامل فيه، وكل عقد يرد عليه يكون باطلاً:

١ ـ غير المال تأبى طبيعته التعامل فيه، فيبطل فيه التعامل. وكذلك المال غير المتقوم، وهو ما كان مالاً عند أهل الذمة كالخمر والخنزير، لا يجوز التعامل فيه جاء في **«الزيلعي»** (٤/ ٤٤ ـ ٤٥). «بيع ما ليس بمال عند أحد، كالخمر والدم والميتة التي ماتت حتف أنفها والمدبر وأم الولد والمكاتب، باطل. وإن كان مالاً عند البعض، كالخمر والخنزير والميتة التي لم تمت حتف أنفها مثل الموقوذة فإن هذه الأشياء مال عند أهل الذمة، فإن بيعت بدين في الذمة فهو باطل، وإن بيعت بعين فهو فاسد في حق ما يقابلها حتى يملك ويضمن بالقبض، باطل في حق نفسها حتى لا تضمن ولا تملك بالقبض. لأنها غير متقومة، لما أن الشرع أمر بإهانتها، وفي تملكها بالعقد مقصوداً إعزاز لها؛ فكان باطلاً، وذلك بأن يشتريها بدين في الذمة لأن الثمن من الدراهم والدنانير غير مقصودة وإنما هي وسائل، والمقصود تحصيلها، فكان باطلاً إهانة لها، وإن لم تكن مقصودة بأن كانت دينا في الذمة، كان فاسداً، لأن المقصود تحصيل ما يقابلها وفيه إعزاز له لا لها، لأن الثمن تبع لما ذكرنا والأصل هو المبيع. وكذا إذا كانت معينة وبيعت بعين مقابضة، صار فاسداً في حق ما يقابلها، باطلاً في حقها. وجعل صاحب الهداية وغيره بيع أم الولد والمدبر والمكاتب من الباطل، لأن استحقاق العتق قد ثبت لأم الولد بقوله عليه السلام: «أعتقها ولدها». وسبب الحرية انعقد في حق المدبر المطلق في الحال لبطلان أهلية المولى بعد موته، والمكاتب استحق يداً على نفسه وخرج من يد المولى». وجاء في **«البدائع»** (٥/ ١٤٠ ـ ١٤٣): «لا ينعقد بيع الحر لأنه ليس بمال. وكذا بيع أم الولد لأنها حرة من وجه، لما روي عن رسول الله ﷺ أنه قال: «أعتقها ولدها»، وروي عنه عليه الصلاة والسلام أنه قال في أم الوالد: «لا تباع ولا توهب وهي حرة من الثلث»، نفى عليه الصلاة والسلام جواز بيعها مطلقاً وسماها حرة، فلا تكون مالاً على الإطلاق. ولا بيع لمدبر المطلق عندنا، وقال الشافعي عليه الرحمة بيع المدبر جائز. لأن التدبير تعليق العتق بالموت، والمعلق بالشرط عدم قبل وجود الشرط، فلم يكن العتق ثابتاً أصلاً قبل الموت، فيجوز

بيعه. ولنا... لأنه حر من وجه، فلا يجوز بيعه كأم الولد، والدليل على أنه حر من وجه الاستدلال بضرورة الإجماع وهو أنه يعتق بعد الموت بالإجماع، والحرية لا بد لها من سبب، وليس ذلك إلاّ الكلام السابق، وليس هو بتحرير بعد الموت لأن التحرير فعل اختياري وأنه لا يتحقق من الميت، فكان تحريراً من حين وجوده، فكان ينبغي أن تثبت به الحرية من كل وجه للحال، إلاّ أنها تأخرت من وجه إلى آخر جزء من أجزاء حياته بالإجماع، ولا إجماع على التأخير من كل وجه فبقيت الحرية من وجه ثابتة للحال، فلا يكون مالاً مطلقاً، فلا يجوز بيعه... وأما المدبر المقيد، فهنا لا يمكن أن يجعل الكلام السابق إيجاباً من حين وجوده، لأنه علق عتقه بموت موصوف بصفة، واحتمل أن يموت من ذلك المرض والسفر أولاً، فكان الخطر قائماً، فكان تعليقاً، فلم يكن إيجاباً ما دام الخطر قائماً، ومتى اتصل به الموت يظهر أنه كان تحريراً من وجه من حين وجوده لكن لا يتعلق به حكم والله سبحانه وتعالى أعلم، ولا بيع المكاتب، لأنه حريداً، فلا يثبت يد تصرف الغير عليه.. ولا ينعقد بيع الميتة والدم، لأنه ليس بمال.. ولا بيع لحم السبع لأنه لا يباح الانتفاع به شرعاً، فلم يكن مالاً، وروي عن أبي حنيفة رضي الله عنه أنه يجوز بيعه إذا ذبح لأنه صار طاهراً بالذبح، وأما جلد السبع والحمار والبغل، فإن كان مدبوغاً أو مذبوحاً يجوز بيعه، لأنه مباح الانتفاع به شرعاً، فكان مالاً. وإن لم يكن مدبوغاً ولا مذبوحاً لا ينعقد بيعه، لأنه إذا لم يدبغ ولم يذبح بقيت رطوبات الميتة فيه، فكان حكمه حكم الميتة، ولا ينعقد بيع جلد الخنزير كيف ما كان، لأنه نجس العين بجميع أجزائه، وقيل إن جلده لا يحتمل الدباغ. وأما عظم الميتة وعصبها وشعرها وصوفها ووبرها وريشها وخفها وظلفها وحافرها فيجوز بيعها والانتفاع بما عندنا، وعند الشافعي رحمه الله لا يجوز بناء على أن هذه الأشياء طاهرة عندنا وعنده نجسة... ويجوز بيع كل ذي مخلب من الطير معلماً كان أو غير معلم بلا خلاف. وأما بيع كل ذي ناب من السباع سوى الخنزير، كالكلب والفهد والأسد والنمر والذئب والهر ونحوها. فجائز عند أصحابنا، وعند الشافعي رحمه الله لا يجوز... ولا ينعقد بيع الخنزير من المسلم لأنه ليس بمال في حق المسلمين، فأما أهل الذمة فلا يمنعون من بيع الخمر والخنزير... لأنهم لا يعتقدون حرمتها ويتمولونها، ونحن أمرنا بتركهم وما يدينون».

٢ ـ وقد يكون المال متقوماً لكنه غير مملوك، كالسمك في البحر، والطير في الهواء، وهذا هو المال المباح، ولا يجوز في الفقه الإسلامي التعامل فيه إلاّ بعد الاستيلاء عليه، كما هو الأمر في الفقه الغربي على ما قدمنا. جاء في «**الزيلعي**» (٤/ ٤٥ ـ ٤٦): «لا يجوز بيع السمك قبل الاصطياد، لما روي أنه عليه السلام نهى عن بيع الغرر، رواه أحمد ومسلم وأبو داود وغيرهم. وعن أبي مسعود أنه عليه السلام قال: «لا تشتروا السمك في الماء فإنه غرر»، رواه أحمد، ولأنه باع ما لم يملك. فلا يجوز. ثم هو على وجهين، فإما أن يبيعه قبل أن يأخذه أو بعده فإن باعه قبل الأخذ، لا يجوز لما بينا، وإن أخذه ثم ألقاه في الحظيرة، فإن كانت الحظيرة كبيرة بحيث لا يمكن أخذه إلاّ بحيلة لا يجوز، لأنه باع ما لا يقدر على تسليمه. وإن كانت صغيرة بحيث يمكن أخذه بغير حيلة جاز، لأنه باع ملكه وهو مقدور التسليم، ويثبت للمشتري خيار الرؤية عند التسليم له، ولا يعتد برأيته وهو في الماء، لأن السمك يتفاوت في الماء وخارجه. وكذا لو دخل السمك

الحظيرة باحتياله، بأن سد عليه فوهة النهر أو سد موضع الدخول حتى لا يمكنه الخروج، على هذا التفصيل، لأنه لما احتبس فيه باحتياله صار آخذاً له وملكه، بمنزلة ما لو ألقاه فيه. وقيل لا يجوز، لأن هذا القدر ليس بإحراز له، فصار كطير دخل البيت فأغلق عليه الباب. وهذا الخلاف فيما إذا لم يهيىء الحظيرة للاصطياد، فإن هيأها له ملكه بالإجماع، فيكون على ما ذكرنا من التفصيل. فإن اجتمع السمك في الحظيرة بنفسه من غير صنعه ولم يسد عليه المدخل، لا يجوز بيعه، سواء أمكنه الأخذ بغير حيلة أو لا، لأنه لم يملكه. قال والطير في الهواء، لأنه غير مملوك له قبل الأخذ، وبعده غير مقدور التسليم. وهذا إذا كان يطير ولا يرجع، وإن كان له وكر عنده يطير منه في الهواء ثم يعود إليه، جاز بيعه، لأنه يمكن أخذه من غير حيلة. وعلى هذا لو باع صيداً قبل أخذه لا يجوز، وبعده يجوز إن كان في يده أو محبوساً في مكان يمكنه أخذه من غير حيلة، وإن لم يمكن أخذه إلاّ بحيلة لا يجوز لعدم القدرة على التسليم... ولو اجتمع في أرضه الصيد، فباعه من غير أخذه، لا يجوز لأنه لم يملكه. وهذا إذا لم يهيىء أرضه لذلك، فإن هيأها له بأن حفر فيها بئراً للاصطياد أو نصب شبكة فدخل فيه صيد أو تعقل به، ملكه، لأن التهيئة أحد أسباب الملك ألا ترى أنه لو حط طستاً ليقع فيه المطر فوقع فيه ملكه بالوقوع فيه، وكذا لو بسط ذيله عند النثار ليقع فيه الشيء المنثور ملكه بالوقوع فيه. وفي النهاية لو دخل الصيد داره، فأغلق عليه الباب، كان الصيدله، ولم يحك فيه خلافاً، وعلى قياس ما ذكرناه في الكافي في الطير لا يكون له وقد ذكرناه من قبل، ويجوز أن يكون في المسألة روايتان، وإلاّ فلا فرق بينهما[1].

---

(١) ولا تختلف المذاهب الأخرى بكثير عن المذهب الحنفي فيما قدمناه. ونورد هنا بعضاً من نصوص هذه المذاهب.

جاء في «**الحطاب**» (٤/ ٢٦٣ ـ ٢٦٤): «الأعيان على قسمين. الأول ما لا منفعة فيه أصلاً. فلا يصح العقد به ولا عليه.. بل لا يصلح ملكه.. ومثله البساطي بالخفاش وبعض العصافير التي لو جمع منها مائة لم يتحصل منها أوقية لحم.. الثاني ماله منفعة. وهو على ثلاثة أقسام. الأول ما كان جميع منافعه محرمة، وهو كالذي لا منفعة فيه لا يصح بيعه ولا تملكه إن كان مما نهى الشرع عنه، كالخمر والميتة والدم ولحم الخنزير، لأن المعدوم شرعاً، كالمعدوم حساً. ومثله القرافي بالخمر والمطربات المحرمة إلاّ عند من أجاز تخليل الخمر فإنه سهل في إمساكها ليخللها.. الثاني ما كان جميع منافعه محللة فيجوز بيعه إجماعاً كالثوب والعبد والعقار وشبه ذلك قاله المازري، يصح ملكه إلاّ أن يتعلق بتلك المنفعة حق الآدمي كالحر فإنه أحق بنفسه. أو حق لله كالمساجد والبيت الحرام، فلا يصح ملك ذلك ولا بيعه، وقد يمنع تعلق حق الآدمي البيع دون الملك كأم الولد والمعتق إلى أجل والوقف ونحو ذلك الثالث ما فيه منافع محللة ومنافع محرمة، قال المازري فهو المشكل على الأفهام ومزلة الأقدام، وفيه ترى العلماء مضطربين، وأنا أكشف عن سره ليهون عليك اختلافهم. فإن كان جل المنافع والمقصود منها محرماً والمحلل منها تبعاً. فواضح إلحاقه بالقسم الأول. ويمكن تمثيل ذلك بالزيت النجس فإن جل منافعه كالأكل والإدهان وعمله صابوناً والإيقاد في كل موضع ممنوع منه على المشهور وإنما فيه إيقاده في غير المساجد وانتفاع غير الآدمي منه وذلك في حكم التبع فامتنع بيعه. وفي أواخر كلام المازري تمثيله لذلك بشحم الميتة قال فالمقصود الذي هو الأكل حرام. وإن كان فيه بعض المنافع محللة عند من يجيز استعمال ذلك في بعض المواضع. قال ويلحق بهذا المعنى تباعات الغرر لأنه قد لا يحصل البيع فتصير المعاوضة على غير منتفع به ويلحق بالقسم الأول الذي لا منفعة فيه أصلاً لكن

عدم الصلاحية يرجع إلى النظام العام والآداب:

يمكن أن نجد نظيراً، في الفقه الإسلامي، لفكرة النظام العام والآداب في الفقه الغربي، فيما

ذلك عدم المنفعة فيه تحقيقاً منه هذا تقديراً وتجويزاً والله أعلم. «وإن كان جل المنافع والمقصود منها محللاً والمحرم تبعاً، فواضح إلحاقه بالثاني، ويمكن تمثيله بالزبيب ونحوه مما يمكن أن يعمل منه الخمر والله أعلم. وإن كانت منافعه المقصودة مما هو محلل ومنها ما هو محرم أو فيه منفعة محرمة مقصودة وسائر منافعه محللة، قال المازري فهذا هو المشكل وينبغي أن يلحق بالممنوع لأنه كون هذه المنفعة المحرمة مقصودة يؤذن بأن لها حصة من الثمن وأن العقد اشتمل عليها كما اشتمل على ما سواها وهو عقد واحد لا سبيل إلى تبعيضه. والتعاوض على المحرم ممنوع فمنع الكل لاستحالة التميز، ولأن الباقي من المنافع يصير ثمنه مجهولاً لو قدر جواز انفراده انتهى».

وجاء في «المهذب» (١/ ٢٦١ ـ ٢٦٢): «الأعيان حزبان نجس وطاهر، فأما النجس فعلى ضربين. نجس في نفسه ونجس بملاقاة نجاسة. فأما النجس في نفسه فلا يجوز بيعه وذلك مثل الكلب والخنزير والخمر والسرجين وما أشبه ذلك من النجاسات.. وأما النجس بملاقاة النجاسة فهو الأعيان الطاهرة إذا أصابتها نجاسة فينظر فيها، فإن كان جامداً كالثوب وغيره جاز بيعه. لأن البيع يتناول الثوب وهو طاهر وإنما جاورته النجاسة. وإن كان مائعاً نظر، فإن كان مما لا يطهر كالخل والدبس لم يجز بيعه لأنه نجس لا يمكن تطهيره من النجاسة فلم يجز بيعه كالأعيان النجسة. وإن كان ماء فقيه وجهان أحدهما لا يجوز بيعه لأنه نجس لا يطهر بالغسل فلم يجز بيعه كالخمر، والثاني يجوز بيعه لأنه يطهر بالماء فأشبه بالثوب.. وأما الأعيان الطاهرة فضربان. ضرب لا منفعة فيه وضرب فيه منفعة، فأما ما لا منفعة فيه فهو كالحشرات والسباع التي لا تصلح للاصطياد والطيور التي لا تؤكل ولا تصطاد كالرمة والحدأة وما لا يؤكل من الغراب، فلا يجوز بيعه، لأن ما لا منفعة فيه لا قيمة له، فأخذ العوض عنه من أكل المال بالباطل وبذل العوض منه من السفه.. وأما ما فيه منفعة فلا يجوز بيع الحر منه... ولا يجوز بيع أم الولد... ويجوز بيع المدير... وفي المكاتب قولان. قال في التقديم يجوز بيعه لأن عتقه غير مستقر فلا يمنع من البيع. وقال في الجديد لا يجوز لأنه كالخارج من ملكه ولهذا لا يرجع أرش الجناية عليه إليه فلم يملك بيعه كما لو باعه. ولا يجوز بيع الوقف... ويجوز بيع ما سوى ذلك من الأعيان المنتفع بها من المأكول والمشروب والملبوس والمشموم وما ينتفع به من الحيوان بالركوب والأكل والدر والنسل والصيد والصرف وما يقتنيه الناس من العبيد والجواري والأراضي والعقار... ويجوز بيع المصاحف وكتب الأدب، لما روي عن ابن عباس رضي الله عنه أنه سئل عن بيع المصاحف فقال: لا بأس يأخذون أجور أيديهم، لأنه طاهر منتفع به فهو كسائر الأموال.

وجاء في «المغني» (٤/ ٣٠٢): «كل مملوك أبيح الانتفاع به يجوز بيعه، إلاّ ما استثناه الشرع من الكلب وأم الولد والوقف. وفي المدبر والمكاتب والزيت النجس اختلاف... لأن الملك سبب لإطلاق التصرف والمنفعة المباحة يباح له استيفاؤها فجاز له أخذ عوضها، وأبيح لغيره بذل ماله فيها توصلاً إليها ودفعا لحاجته بها كسائر ما أبيح بيعه. وسواء في هذا ما كان ظاهراً كالثياب والعقار وبهيمة الأنعام والخيل والطيور، أو مختلفاً في نجاسته كالبغل والحمار وسباع البهائم وجوارح الطير التي تصلح لصيد الفهد والصقر والبازي والشاهين والطير المقصود صوته كالهزار والبلبل والببغاء وأشباه ذلك فكله يجوز بيعه».

وجاء فيه أيضاً («المغني» ٤/ ٢٧٢): «إذا باع طائراً في الهواء لم يصح، مملوكاً أو غير مملوك أما المملوك فلأنه غير مقدور عليه، وغير المملوك لا يجوز لعلتين: إحداهما العجز عن تسليمه، والثاني أنه غير مملوك له، والأصل في هذا نهي النبي ﷺ عن بيع الغرر، وقيل في تفسيره هو بيع الطير في الهواء والسمك في الماء؛ ولا نعلم في هذا خلافاً، ولا فرق بين كون الطائر يألف الرجوع أو لا يألفه لأنه لا يقدر على تسليمه

يدعى عادة «بحق الله» أو «حق الشرع» وحق الله أو حق الشرع في الفقه الإسلامي لا يقل في مداه عن دائرة النظام العام والآداب في الفقه الغربي، بل لعله يزيد.

وقد رأينا، عند ما مهدنا للكلام في العمل غير المشروع، أن الحق نوعان: حق الله وحق العبد. فحق الله ما يتعلق به النفع من غير اختصاص بأحد، فينسب إلى الله تعالى لعظم خطره وشمول نفعه. وحق العبد ما تعلق به مصلحة خاصة. وحق الله لا يجوز فيه العفو أو الإبراء أو الصلح، أما حق العبد فيجوز فيه كل ذلك. ونرى من هذا أن حق الله ـ أو حق الشرع ـ هو، في لغة الفقه الغربي، حق يتصل اتصالاً وثيقاً بالنظام العام والآداب، ومن ثم لا يجوز الصلح عليه ولا الإبراء منه ولا الاتفاق على ما يخالفه.

وكثير من تطبيقات النظام العام والآداب التي استعرضناها في الفقه الغربي، وإن كانت تترجم عن حضارة العصر الحاضر لما قدمنا من أن كلا من النظام العام والآداب أمر نسبي تنعكس فيه حضارة البيئة والجيل، يمكن الأخذ بها دون مشقة في الفقه الإسلامي، فلا يجوز مثلاً النزول عن الحرية الشخصية في الفقه الإسلامي، وإذا بيع إنسان على أنه عبد وكان حراً، فإن البيع باطل. وإذا كان الرق مباحاً في الفقه الإسلامي، فهذه هي حضارة العصور السابقة لم ينج عنها عصر واحد، بل إن أرسطو كان يعتبر الرق قانوناً طبيعياً، والإسلام لم يبح للرق ابتداء وإنما اقتصر على إقراره بعد أن هذبه كثيراً. ولا تجوز الرشوة أو الوساطة في الوظائف العامة، ويعد هذا عملاً غير مشروع في الفقه الإسلامي، فالاتفاق عليه باطل، ولا يجوز النزول عن العقوبات العامة ولا الصلح عليها ولا الإبراء منها كما قدمنا. ولا يجوز تعديل الحالة المدنية باتفاق خاص. فلا يصح النزول عن

الآن وإنما يقدر عليه إذا عاد، فإن قيل فالغائب في مكان لا يقدر على تسليمه في الحال، قلنا الغائب يقدر على استحضاره والطير لا يقدر صاحبه على رده إلاّ أن يرجع هو بنفسه ولا يستقل مالكه برده فيكون عاجزاً عن تسليمه. . ولا السمك في الآجام. . والمعنى لا يجوز بيعه في الماء إلاّ أن يجتمع ثلاثة شروط: أحدها أن يكون مملوكاً. والثاني أن يكون الماء رقيقاً لا يمنع مشاهدته ومعرفته. الثالث أن يمكن اصطياده وإمساكه. . . إذا أعد بركة أو مصفاة ليصطاد فيها السمك، فحصل فيها سمك ملكه، لأنه آلة معدة للاصطياد فأشبه الشبكة، ولو استأجر البركة أو الشبكة أو استعارهما للاصطياد جاز، وما حصل فيهما ملكه. . . ولو أعد سفينة للاصطياد كالتي يجعل يفها الضوء ويضرب صواني الصفر ليثب السمك فيها، كان حصوله فيها كحصوله في شبكته لكونها صارت من الآلات المعدة له. . ولو أعد أرضه للملح فجعلها ملاحة ليحصل فيها الماء فيصير ملحاً كالأرض التي على ساحل البحر يجعل إليها طريقاً للماء فإذا امتلأت قطعة عنها، أو تكون أرضه سبخة يفتح إليها الماء من نوعين أو يجتمع فيها ماء المطر فيصير ملحاً، ملكه بذلك لأنها معدة له فأشبهت البركة المعدة للصيد. . ولو كانت آلة الصيد كالشبكة والشرك والمناجل غير منصوبة للصيد ولا قصد بها الاصطياد، فتعلق بها صيد، لم يملكه صاحبها بذلك لأنها غير معدة للصيد في هذه الحالة فأشبهت الأرض التي ليست معدة له. وما حصل من الصيد في كلب إنسان أو صقره أو فهده، وكان استرسل بإرسال صاحبه فهو له، لأنه أكد من الشبكة، لأنه حيوان يحصل الصيد بفعله وقصده وإرسال صاحبه. فهو كسهمه، ولأن الله تعالى قال: ﴿فَكُلُوا۟ مِمَّآ أَمْسَكْنَ عَلَيْكُمْ﴾ [المائدة: ٤]. وإن استرسل بنفسه؛ فحكمه حكم الصيد الحاصل في أرض إنسان في أنه لا يملكه وليس لغيره أخذه، فإن أخذه غيره ملكه كالكلأ. وكذلك ما يحصل في بهيمة إنسان من الحشيش في المرعى».

البنوة ولا الصلح على النسب، بل إن التبني غير جائز في الفقه الإسلامي، ولا يستطيع شخص أن ينزل عن أهليته أو يزيد فيها أو ينقص منها باتفاق خاص، ولا يجوز الاتفاق ما بين الزوجين على تعديل ما للزوج من حقوق على زوجته أو تعديل ما للزوجة من حقوق على زوجها. ولا يجوز للزوج أن ينزل عن حقه في الطلاق، ولا للزوجة أن تنزل عن حقها في طلب التطليق. وللأب حق تربية أولاده، فلا يجوز أن يقيد نفسه باتفاق يحدد طريقة تربية الأولاد أو يلزمه مقدماً باختيار دين معين لهم.

ولا يجوز نزول الشخص مقدماً عن حقه في مطالبة من تجب عليه النفقة له، وإن كان يجوز النزول عن النفقة المتجمدة بعد تجمدها. ولا يجوز نزول الوارث عن حقه في الميراث قبل موت المورث، كما لا تجوز الوصية إلاّ في حدود الثلث، وقد أصبحت الآن جائزة في هذه الحدود للوارث في مصر والعراق. ولا يجوز كسب المال من طريق غير شريف، ومن يتقاضى أجراً جزاء القيام بعمل كان يجب عليه القيام به دون أجر لا يستحق هذا الأجر. ولا يجوز الاتفاق على إيجاد علاقات جنسية غير مشروعة، ولا استغلال دور أعدت للعهارة أو المقامرة، وكل اتفاق خاص بمقامرة أو رهان فهو باطل لأنه غرر.

بل إن فكرة الغرر قد وسعت كثيراً من دائرة النظام العام والآداب في الفقه الإسلامي، فهي أبعد مدى منها في الفقه الغربي، وقد رأينا في الفقه الإسلامي تطبيقاتها الكثيرة في المحل المعدوم والمحل غير المعين، وسنرى لها تطبيقات أخرى في الشروط الفاسدة. يضاف إلى فكرة الغرر فكرتان أخريان وسعتا كثيراً في الفقه الإسلامي من دائرة النظام العام والآداب عما هي عليه في الفقه الغربي:

١ ـ فكرة الشروط الفاسدة وهي مسألة تتصل بالصناعة الفقهية.

٢ ـ وفكرة الربا وهي مسألة تتصل بالنظم الاقتصادية الاجتماعية. ونستعرض الآن كلا من هاتين المسألتين وهما خاصتان بالفقه الإسلامي كما قدمنا.

المطلب الأول

الشروط المقترنة بالعقد

التمييز بين حالات مختلفة:

يجب التمييز هنا بين حالات مختلفة يختلط بعضها ببعض في نصوص الفقه الإسلامي، لنستبعد الحالات التي تخرج عن نطاق موضوعنا، ولا نستبقى إلاّ الحالة التي تعنينا وهي حالة الشروط المقترنة بالعقد. ونبدأ بنص من الفقه الإسلامي اجتمعت فيه كل هذه الحالات.

جاء في «البدائع» (٥/ ١٦٨ ـ ١٧٤): «ومنها الخلو عن الشروط الفاسدة، وهي أنواع. منها شرط في وجوده غرر، نحو ما إذا اشترى ناقة على أنها حامل، لأن المشروط يحتمل الوجود والعدم. . . ولو اشترى جارية على أنها مغنية على سبيل الرغبة فيها فالبيع فاسد. . ومنها شرط لا يقتضيه العقد وفيه منفعة للبائع أو للمشتري أو للمبيع إن كان من بني آدم كالرقيق، وليس بملائم

للعقد، ولا مما جرى به التعامل بين الناس. فالبيع في هذا كله فاسد ولو اشترى جارية على أنها بكر أو طباخة أو خبازة فالبيع جائز لأن المشروط صفة للمبيع... ولا يجوز البيع بشرط البراءة عن العيب عندنا. ومنها شرط الأجل في المبيع العين والثمن العين. ومنها شرط خيار مؤقت بوقت مجهول جهالة متفاحشة. ومنها شرط خيار غير مؤقت أصلاً. ومنها شرط خيار مؤقت بالزائد على ثلاثة أيام. ولو اشترى شيئاً على أنه إن لم ينقد الثمن إلى ثلاثة أيام فلا بيع بينهما، فالقياس ألا يجوز هذا البيع وهو قول زفر رحمه الله، وفي الاستحسان جائز».

ونرى من هذا النص أن هناك حالات كثيرة للشرط في الفقه الإسلامي يختلط بعضها ببعض، ويجب التمييز فيما بينها:

١ - فهناك شرط الأجل. ويقول في شأنه صاحب «البدائع»: «ومنها شرط الأجل في المبيع العين والثمن العين، وهو أن يضرب لتسليمها أجل، لأن القياس يأبى جواز التأجيل أصلاً. لأنه تغيير مقتضى العقد، لأنه عقد، معاوضة تمليك بتمليك وتسليم بتسليم، والتأجيل ينفي وجوب التسليم للحال، فكان مغيراً مقتضى العقد. ومنها شرط خيار مؤقت بوقت مجهول جهالة فاحشة كهبوب الريح ومجيء المطر وقدوم فلان وموت فلان ونحو ذلك، أو متقاربة كالحصاد والدياس وقدوم الحاج ونحوها» والأجل غير الشرط، فالأجل أمر محقق الحصول، ولو لم يعرف ميعاد حصوله كهبوب الريح وموت فلان وقدوم الحاج. أما الشرط فأمر غير محقق الحصول إذا كان شرط تعليق، أو هو أمر يقترن بالعقد إذا كان شرط اقتران. ومن ثم نستبعد الأجل من دائرة هذا البحث.

٢ - وهناك شرط التعليق. وهو أمر غير محقق الحصول، كما قدمنا، يتوقف على حصوله وجود الالتزام أو زواله. مثل ذلك خيار الشرط الوارد في النص فهو شرط تعليق إرادي، ولا تتغير طبيعته إذا أقت بثلاثة أيام أو بأكثر أو بوقت غير معين أو لم يؤقت أصلاً، وإن اختلف حكمه تبعاً لكل حالة. ومثل ذلك أيضاً خيار النقد الوارد في النص، فهذا هو أيضاً شرط تعليق، وهو جائز استحساناً. وشرط التعليق هو غير شرط الاقتران فنستبعده أيضاً من دائرة البحث.

٣ - وهناك شرط الإسقاط. وذلك كشرط البراءة عن العيب. ويفارق شرط الاقتران في أنه إسقاط من مقتضى العقد، بينما شرط الاقتران زيادة فيه. من ثم نستبعد شرط الإسقاط أيضاً من دائرة البحث.

٤ - وهناك شرط هو في حقيقته صفة للمعقود عليه. ويقول في شأنه صاحب «البدائع»: «ولو اشترى جارية على أنها بكر أو طباخة أو خبازة، أو غلاماً على أنه كاتب أو خياط، أو باع عبداً بألف درهم على أنها صحاح أو على أنها جياد نقد بيت المال، أو اشترى على أنها مؤجلة. فالبيع جائز، لأن المشروط صفة للمبيع أو الثمن صفة محضة، لا يتصور انقلابها أصلاً ولا يكون لها حصة الثمن بحال، ولو كان موجوداً عند العقد يدخل فيه من غير تسمية، وأنها صفة غير مرغوب فيها لا على وجه التلهي». والفرق واضح بين الشرط الذي هو في حقيقته صفة للمعقود عليه وبين الشرط المقترن بالعقد. فصفة المعقود عليه لا يتصور انقلابها أصلاً، وليست له حصة من الثمن

ولو كان المشروط موجوداً وقت العقد لدخل في المبيع من غير تسمية، ثم إن الصفة المحضة ليست عيناً.

وخلاف ذلك الشرط المقترن بالعقد، فإنه يتصور انقلابه أصلاً، وهو شيء مستقل عن العين المبيعة. هذا إلى أن الصفة تقرير أمر حال، والشرط إنشاء أمر مستقبل «**الرملي**» (٣/ ٤٤٣). من أجل ذلك نستبعد من دائرة البحث أيضاً الشرط الذي هو في حقيقته صفة للمعقود عليه.

٥ ـ وهناك شرط في وجوده غرر، وهذا شرط مقترن بالعقد، ولكننا نستبعده هو أيضاً من دائرة البحث، لأن السبب في إفساده للعقد إذا اقترن به هو الغرر، وقد عرفنا أن الغرر يفسد العقد فليس في حكم هذا الشرط شيء جديد.

ويقول صاحب «**البدائع**» في صدد هذا الشرط: «منها شرط في وجوده غرر، نحو ما إذا اشترى ناقة على أنها حامل، لأن المشروط يحتمل الوجود والعدم، ولا يمكن الوقوف عليه للحال، لأن عظم البطن والتحرك يحتمل أن يكون لعارض داء أو غيره، فكان في وحوده غرر، فيوجب فساد البيع، لما روي عن رسول الله ﷺ أنه نهى عن بيع وغرر، والمنهي عنه فاسد».

ونرى من ذلك أن شرط الغرر هو الشرط الذي لا يمكن الوقوف عليه والتحقق من وجوده وقت العقد، ولو أمكن التحقق بعد ذلك. وهناك فرق بين شرط الحمل والشرط الذي هو في حقيقته صفة في المعقود عليه وقد تقدم ذكره فلو اشترى جارية على أنها طباخة أو خبازة، فالشرط هنا صفة في الجارية لا ينفصل عنها ولا يتصور انقلابه أصلاً. أما إذا اشترى الجارية على أنها حامل، فإن الحمل عين لا صفة، ينفصل عن الجارية، ويتصور انقلابه أصلاً. قال صاحب «**البدائع**» في هذا الصدد: «ولو اشترى جارية على أنها بكر أو طباخة أو خبازة. . . فالبيع جائز لأن المشروط صفة للمبيع. . . لا يتصور انقلابها أصلاً. . . بخلاف ما إذا اشترى ناقة على أنها حامل أن البيع يفسد في ظاهر الرواية، لأن الشرط هناك عين وهو الحمل فلا يصلح شرطاً، وكون الناقة حاملاً وإن كان صفة لها لكن لا تحقق له إلا بالحمل وهو عين في وجوده غرر ومع ذلك مجهول، فأوجب ذلك فساد البيع».

على أن الغرر قد يتحقق أيضاً من اشتراط صفة لا يتصور انقلابها أصلاً إذا كان لا يمكن التحقق من وجودها وقت العقد، كما لو اشترى قمرية على أنها تصوت أو طيراً على أنه يجيء من مكان بعيد أو كبشاً على أنه نطاح أو ديكاً على أنه مقاتل، فهذه الشروط هي أولاً صفات في المبيع لأنه لا يتصور انقلابها أصلاً. ثم هي أيضاً صفات فيها غرر لأنه لا يمكن التحقق من وجودها وقت العقد، ثم هي أخيراً شروط محرمة كما سنرى لأنها صفات يتلهى بها عادة.

٦ ـ وهناك شرط محرم. وهذا شرط هو أيضاً مقترن بالعقد كالشرط الذي في وجوه غرر، ولكننا نستبعده معه من دائرة البحث لاتصاله اتصالاً وثيقاً لا بنظرية المحل بل بنظرية السبب التي سنبحثها فيما بعد. ويجمع صاحب «**البدائع**» بين الشرط المحرم والشرط الذي في وجوده غرر تحت اسم الشرط المحظور، ويقول في هذا الصدد: «ولو اشترى قمرية على أنها تصوت أو طيراً على أنه يجيء من مكان بعيد، أو كبشاً على أنه نطاح، أو ديكاً على أنه مقاتل، فالبيع فاسد عند

أبي حنيفة رحمه الله وهو إحدى الروايتين عن محمد رحمه الله، لأنه شرط فيه غرر والوقوف عليه غير ممكن لأنه لا يحتمل الجبر عليه. فصار كشرط الحبل، ولأن هذه صفات يتلهى بها عادة والتلهي محظور. فكان هذا شرطاً محظوراً فيوجب فساد البيع. . ولو اشترى جارية على أنها مغنية على سبيل الرغبة فيها، فالبيع فاسد، لأن التغنية صفة محظورة لكونها لهواً، فشرطها في البيع يوجب فساده. . . ولو اشترى كلباً أو فهداً على أنه معلم، قال أبو يوسف يجوز البيع وهو إحدى الروايتين عن محمد، لأن هذا شرط يمكن الوقوف عليه بأن يأخذ المصيد فيمسكه على صاحبه، وهذا ليس بشرط محظور لأن تعليم الكلب والاصطياد به مباح، فأشبه شرط الكتابة في العبد والطبخ في الجارية. وروي عن محمد أن البيع فاسد لأنه شرط فيه غرر، إذ لا يمكن الوقوف عليه إلاّ بالاصطياد والجبر عليه غير ممكن. ولو اشترى برذوناً على أنه هملاج، فالبيع جائز، لأنه شرط يمكن الوقوف عليه بالتسيير، فلم يكن في وجوده غرر ولا حظر أيضاً، وإن شئت أفردت لجنس هذه المسائل شرطاً على حدة، وخرجها عليه فقلت ومنها أن يكون الشرط محظوراً فافهم».

ويبدو أن الفرق ما بين الشرط الذي هو في حقيقته صفة للمعقود عليه والشرط الذي في وجوده والشرط المحرم هو ما يأتي:

١ ـ الصفة ليست أصلاً، ويمكن التحقق وقت العقد من وجودها.

٢ ـ أما الشرط الذي في وجوده غرر فهو، سواء كان صفة أو أصلاً، لا يمكن التحقق وقت العقد من وجوده.

٣ ـ أما الشرط المحرم فيمكن التحقق وقت العقد من وجوده، أصلاً كان أو صفة، ولكن يقوم به معنى يجعله حراماً.

٧ ـ وهناك أخيراً شرط يقترن بالعقد، وهو شرط يضيف لمقتضى العقد ما هو أصل، وليس في وجوده غرر، ولا هو محرم، أي ليس بالشرط المحظور وهذا هو الشرط الذي يعنينا هنا فنستبقيه للبحث بعد أن استبعدنا ما عداه من الشروط.

ويعرض صاحب «**البدائع**» للشرط الذي يقترن بالعقد، ويورد المواطن التي يكون فيها هذا الشرط فاسداً، فيقول: «ومنها شرط لا يقتضيه العقد وفيه منفعة للبائع أو للمشتري أو للمبيع إن كان من بني آدم كالرقيق، وليس بملائم للعقد، ولا مما جرى به التعامل بين الناس، نحو ما إذا باع داراً على أن يسكنها البائع شهراً ثم يسلمها إليه، أو أرضاً على أن يزرعها سنة، أو دابة على أن يركبها شهراً، أو ثوباً على أن يلبسه أسبوعاً، أو على أن يقرضه المشتري قرضاً. أو على أن يهب له هبة، أو يزوج ابنته منه، أو يبيع منه كذا. ونحو ذلك أو اشترى ثوباً على أن يخيطه البائع قميصاً، أو حنطة على أن يطحنها، أو ثمرة على أن يجذها، أو ربطة قائمة على الأرض على أن يجذها، أو شيئاً له حمل ومؤونة على أن يحمله البائع إلى منزله ونحو ذلك. فالبيع في هذا كله فاسد، لأنه زيادة منفعة مشروطة في البيع تكون رباً لأنها زيادة لا يقابلها عوض في عقد البيع وهو تفسير الربا. والبيع الذي فيه الربا فاسد، أو فيه شبهة الربا وإنها مفسدة للبيع كحقيقة الربا على ما تقرره إن شاء الله تعالى».

ونرى من هذا النص أن الشرط الذي يقترن بالعقد قد يكون صحيحاً وقد يكون فاسداً، فنستعرض في قسم أول من هذا البحث الشرط الصحيح، ثم نستعرض في القسم الثاني الشرط الفاسد.

١ ـ الشرط الصحيح

متى يكون الشرط صحيحاً:

يتبين مما قدمناه أن الشرط المقترن يكون صحيحاً، فيصح معه العقد إذا كان.

أ ـ شرطاً يقتضيه العقد.

ب ـ أو شرطاً يلائم العقد.

حـ ـ أو شرطاً جرى به التعامل بين الناس.

أ ـ الشرط الذي يقتضيه العقد

النصوص:

جاء في «**المبسوط**» (١٣/ ١٤): «ثم الشرط في البيع على أوجه: إما أن يشترط شرطاً يقتضيه العقد، كشرط الملك للمشتري في البيع أو شرط تسليم الثمن أو تسليم المبيع، فالبيع جائز، لأن هذا بمطلق العقد يثبت، فالشرط لا يزيده إلاّ وكادة».

وجاء في «**البدائع**» (٥/ ١٧١): «وأما الشرط الذي يقتضيه العقد فلا يوجب فساده، كما إذا اشترى بشرط أن يتملك المبيع، أو باع بشرط أن يتملك الثمن، أو باع بشرط أن يحبس المبيع، أو اشترى على أن يسلم المبيع، أو اشترى جارية على أن تخدمه، أو دابة على أن يركبها، أو ثوباً على أن يلبسه أو حنطة في سنبلها وشرط الحصاد على البائع، ونحو ذلك، فالبيع جائز، لأن البيع يقتضي هذه المذكورات من غير شرط، فكان ذكرها في معرض الشرط تقريراً لمقتضى العقد، فلا توجب فساد العقد.

وجاء في «**فتح القدير**» (٥/ ٢١٥): «ثم جملة الأمر فيه، أي في الشرط، أنه إما أن يقتضيه العقد، كشرط أن يحبس المبيع إلى قبض الثمن ونحوه، فيجوز لأنه مؤكد لموجب العقد».

وجاء في «**الخرشي**» (٥/ ٨٠): وبقي شرط يقتضيه العقد، وهو واضح الصحة، كشرط تسليم المبيع والقيام بالعيب ورد العوض عند انتقاض البيع. وهو لازم دون شرط، فشرطه تأكيد».

وجاء في «**المهذب**» (١/ ٢٦٨): «إذا شرط في البيع شرطاً نظرت. فإن كان شرطاً يقتضيه البيع، كالتسليم والرد بالعيب وما أشبههما، لم يبطل العقد، لأن شرط ذلك بيان لما يقتضيه العقد، فلم يبطله».

وجاء في «**الشرح الكبير**» للمقنع (٤/ ٤٨): «باب الشروط في البيع، وهي ضربان: صحيح وهو ثلاثة أنواع:

أحدها: شروط من مقتضى البيع، كالتقابض وطول الثمن ونحوه، فهذا لا يؤثر فيه، لأن

بيان وتأكيد لمقتضى العقد، فوجوده كعدمه».

وجاء في «**المغني**» (٤/ ٢٨٥): «والشروط تنقسم إلى أربعة أقسام:

أحدها: ما هو من مقتضى العقد، كاشتراط التسليم وخيار المجلس والتقابض في الحال، فهذا وجوده كعدمه، لا يقيد حكماً ولا يؤثر في العقد».

صحة الشرط الذي يقتضيه العقد أمر بديهي:

ويتبين من النصوص المتقدمة الذكر أن الشرط الذي يقتضيه العقد لا خلاف في صحته. بل إن صحته أمر بديهي، إذ هو محض تقرير لمقتضى العقد، ومقتضى العقد لازم دون شرط، فشرطه تأكيد وبيان.

فمن اشترى بشرط أن يتملك المبيع، أو أن يتسلمه، أو أن يتقابض في الحال مع المتعاقد معه، أو أن يكون له خيار المجلس عند من يقول به. أو أن يرد بالعيب، أو أن يرد العوض عند انتقاض البيع، ومن اشترى جارية على أن تخدمه، أو دابة على أن يركبها، أو ثوباً على أن يلبسه، أو حنطة في سنبلها، وشرط الحصاد على البائع، فكل من البيع والشرط صحيح لأن الشرط يقتضيه العقد.

ومن باع بشرط أن يحبس المبيع حتى يقبض الثمن، أو أن يتملك الثمن، أو أن يقبض الثمن فوراً، أو أن يكون له خيار المجلس، أو أن يرد العوض عند انتقاض البيع، فكل هذا شرط صحيح لأن العقد يقتضيه، وكذلك البيع صحيح، بل إن الشرط كان لازماً معمولاً به دون ذكر له، فذكره إنما هو بيان لحكم العقد وتأكيد له.

ب ـ الشرط الذي يلائم العقد

النصوص:

جاء في «**البدائع**» (٥/ ١٧١): «وكذلك الشرط الذي لا يقتضيه العقد، لكنه ملائم للعقد، لا يوجب فساد العقد أيضاً، لأنه مقرر لحكم العقد من حيث المعنى مؤكد إياه على ما نذكر إن شاء الله تعالى، فيلحق بالشرط الذي هو من مقتضيات العقد. وذلك نحو ما إذا باع على أن يعطيه المشتري بالثمن رهناً أو كفيلاً، والرهن معلوم، والكفيل حاضر فقبل. وجملة الكلام في البيع بشرط إعطاء الرهن أن الرهن لا يخلو إما أن يكون معلوماً أو مجهولاً. فإن كان معلوماً فالبيع جائز استحساناً، والقياس ألا يجوز لأن الشرط الذي يخالف مقتضى العقد مفسد في الأصل، وشرط الرهن والكفالة مما يخالف مقتضى العقد فكان مفسداً، إلاّ أنّا استحسنا الجواز لأن هذا الشرط لو كان مخالفاً مقتضى العقد صورة فهو موافق له معنى، لأن الرهن بالثمن شرع توثيقاً للثمن وكذا الكفالة فإن حق البائع يتأكد بالرهن والكفالة، فكان كل واحد منهما مقرراً لمقتضى العقد معنى، فأشبه اشتراط صفة الجودة للثمن وأنه لا يوجب فساد العقد، فكذا هذا. ولو قبل المشتري المبيع على هذا الشرط ثم امتنع من تسليم الرهن، لا يجبر على التسليم عند أصحابنا الثلاثة، وعند زفر يجبر عليه. وجه قوله إن الرهن إذا شرط في البيع فقد صار حقّاً من حقوقه، والجبر على التسليم

من حقوق البيع فيجبر عليه. ولنا أن الرهن عقد تبرع في الأصل، واشتراطه في البيع لا يخرجه عن أن يكون تبرعاً، والجبر على التبرع ليس بمشروع، فلا يجبر عليه، ولكن يقال له إما أن تدفع الرهن أو قيمته أو تؤدي الثمن أو يفسخ البائع البيع، لأن البائع لم يرض بزوال المبيع عن ملكه إلاّ بوثيقة الرهن أو بقيمته لأن قيمته تقوم مقامه ولأن الدين يستوفي من مالية الرهن وهي قيمته، وإذا أدى الثمن فقد حصل المقصود فلا معنى للفسخ، ولو امتنع المشتري مجهولاً من هذه الوجوه فللبائع أن يفسخ البيع لفوات الشرط والفرض. وإن كان الزهن فالبيع فاسد، لأن جواز هذا الشرط، مع أن القياس يأباه، لكونه ملائماً للعقد، مقرراً لمقتضاه معنى، لحصول معنى التوثق والتأكد للثمن، ولا يحصل ذلك إلاّ بالتسليم وأنه لا يتحقق في المجهول. ولو اتفقا على تعيين رهن في المجلس جاز البيع، لأن المانع هو جهالة الرهن وقد زال، فكأنه كان معلوماً معيناً من الابتداء لأن المجلس له حكم حالة واحدة، وإن افترقا عن المجلس تقرر الفساد. وكذا إذا لم يتفقا على تعيين الرهن ولكن المشتري نقد الثمن، جاز البيع أيضاً، لأن المقصود من الرهن هو الوصول إلى الثمن وقد حصل فيسقط اعتبار الوثيقة. وكذلك البيع بشرط إعطاء الكفيل، أن الكفيل إن كان حاضراً في المجلس وقبل جاز البيع استحساناً، وإن كان غائباً فالبيع فاسد، وكذا إذا كان حاضراً ولم يقبل، لأن الجواز على مخالفة القياس ثبت لمعنى التوثيق وتوكيد الثمن لما فيه من تقرير موجب العقد على ما بينا، فإذا كان الكفيل غائباً أو حاضراً ولم يقبل، لم تصح الكفالة، فلم يحصل معنى التوثيق، فبقي الحكم على ما يقتضيه القياس، وكذا إذا كان الكفيل مجهولاً فالبيع فاسد، لأن كفالة المجهول لا تصح. ولو كان الكفيل معيناً وهو غائب، ثم حضر وقبل الكفالة في المجلس، جاز البيع، لأنه جازت الكفالة بالقبول في المجلس، وإذا حضر بعد الافتراق تأكد الفساد. ولو شرط المشتري على البائع أن يحيله بالثمن على غريم من غرمائه، أو على أن يضمن الثمن لغريم من غرماء البائع، فالبيع فاسد، لأن شرط الحوالة والضمان شرط لا يقتضيه العقد والشرط الذي لا يقتضيه العقد مفسد في الأصل إلاّ إذا كان فيه تقرير موجب العقد وتأكيده، والحوالة إبراء عن الثمن وإسقاط له فلم يكن ملائماً للعقد، بخلاف الكفالة والرهن».

وجاء في «**فتح القدير**» (جزء ٥/ ٢١٥): «وكذا إذا لم يكن كذلك ولكن يتضمن التوثيق بالثمن، كالبيع بشرط كفيل بالثمن حاضر وقبل الكفالة، أو بأن يرهنه به رهناً معلوماً بالإشارة أو التسمية، فهو جائز أيضاً على الصحيح خلافاً لزفر، فإن حاصلة التوثق للثمن فيكون كاشتراط الجودة فيه، فهو مقرر لمقتضى العقد. ولو لم يكن الكفيل حاضراً، فحضر وقبل قبل أن يتفرقا، جاز. فلو بعده أو كان حاضراً فلم يقبل، لم يجز. ولو لم يكن الرهن مسمى ولا مشاراً إليه لا يجوز بالاتفاق، لأن وجوب الثمن في ذمة الكفيل يضاف إلى البيع فيصير الكفيل كالمشتري فلا بد من حضوره العقد. بخلاف الرهن لا يشترط حضرته، لكن ما لم يسلم للبائع لا يثبت فيه حكم الرهن وإن انعقد عقد الرهن بذلك الكلام، فإن سلم مضى العقد على ما عقدا، وإن امتنع عن تسليمه لا يجبر عندنا بل يؤمر بدفع الثمن، فإن كان لم يدفع الرهن ولا الثمن خير البائع في الفسخ، وشرط الحوالة كالكفالة».

وجاء في «**المبسوط**» (١٣/ ١٩): «وشرط الحوالة في هذا كشرط الكفالة، لأنه لا ينافي وجود أصل الثمن في ذمة المشتري، فإن الحوالة تحويل ولا يكون ذلك إلاّ بعد وجود الثمن في

ذمة المشتري، بخلاف ما لو شرط وجوب الثمن ابتداء على غير المشتري بالعقد فإن ذلك ينافي موجب العقد فكان مفسداً للعقد».

وجاء في «**الخرشي**» (٥/ ٨٢): »ولما أنهى الكلام على الشرط المناقض وترك المؤلف ذكر ما يقتضيه العقد لوضوحه، أخذ يذكر ما لا يقتضيه ولا ينافيه وهو من مصلحته، بقوله مشبهاً له بالحكم قبله، وهو الصحة، كشرط رهن وحميل وأجل، يعني أن البيع يصح مع اشتراط هذه الأمور، مثل أن يبيعه السلعة على رهن أو كفيل أو إلى أجل معلوم أو على خيار أو نحوه[١] وليس في ذلك فساد ولا كراهية، لأن ذلك كله مما يعود على البيع بمصلحته، ولا معارض له من جهة الشرع.. يصح اشتراط رهن وحميل غائبين. فأما شرط الرهن الغائب، ففيها أنه جائز كما لو بعتها برهن، وتوقف السلعة الحاضرة حتى يقبض الرهن الغائب. وأما على شرط حميل غائب، ففيها أنه جائز إن كان قريب الغيبة ولم ينقد من ثمن السلعة شيئاً، ابن يونس، وفرق بين بعد الغيبة في الرهن والحميل، انتهى. والفرق هو أن الحميل قد يرضى بالحمالة وقد لا يرضى، فلذلك اشترط فيه القرب».

وجاء في «**الحطاب**» (٤/ ٣٧٥ ـ ٣٧٦): «قال في البيوع الفاسدة: منها وإن بعته على حميل لم تسمياه ورهن لم تصفاه جاز، وعليه الثقة ورهن وحميل. وإن سميتما الرهن أجبر على أن يدفعه إليه إن امتنع، وليس هذا من الرهن الذي لم يقبض. وكذلك إن تكلفت به على أن يعطيك عبده رهناً، فإن امتنع من دفعه إليك أجبراه. قال اللخمي في كتاب الرهن البيع على رهن غير معين جائز، بو على الغريم أن يعطيك الصنف المعتاد. والعادة في الخواص أن ترهن ما يغاب عليه كالثياب والحلي وما لا يغاب عليه كالدور وما أشبهها، وليس العادة العبيد والدواب وليس على المرتهن قبول ذلك وإن كان مصدقاً في تلفه لأن في حفظه مشقة وكلفة. وقال ابن الحاجب في باب الرهن: ويجبر البائع وشبهه في غير معين في التوضيح، يعنى من باع سلعة بثمن مؤجل على شرط أن يأخذ منه رهناً به، فإن كان الرهن المشترط غير معين، وأبى المشتري دفعه، خير البائع وشبهه من وارث وموهوب له في فسخ البيع وإمضائه. وهكذا قال ابن الجلاب مقتصراً عليه. والذي نقله ابن المواز عن أشهب ونقله اللخمي وابن رشد أنه يجبر على دفع رهن يكون فيه الثقة باعتبار ذلك الدين: ابن عبد السلام وهو المذهب».

وجاء في «**المهذب**» (١/ ١٦٨): «فإن شرط ما لا يقتضيه العقد ولكن فيه مصلحة كالخيار والأجل والرهن والضمين، لم يبطل العقد لأن الشرع ورد بذلك على ما نبينه في مواضعه إن شاء الله وبه الثقة، ولأن الحاجة تدعو إليه فلم يفسد العقد».

وجاء في «**شرح المنهاج**» للرملي (٣/ ٤٣٦ ـ ٤٣٨): «... والرهن للحاجة إليه، لا سيما في معاملة من لا يعرف حاله. وشرطه العلم به، إما بالمشاهدة أو الوصف بصفات السلم. ثم الكلام هنا في وصف لم يرد على عين معينة. فهو مساو لما مر من أن الوصف لا يجزي عن

---

(١) قدمنا أن الأجل والخيار يتميزان عن الشرط المقترن بالعقد، ولكل من هذه الأنواع الثلاثة أحكامه الخاصة به.

الرؤية لأنه في معين لا موصوف في الذمة خلافاً لمن وهم فيه، وأن يكون غير البيع فلو شرط يرهنه إياه ولو بعد قبضه فسد، لأنه لا يملكه إلاّ بعد البيع، فهو بمنزلة استثناء منفعة في البيع، فلو رهنه بعد قبضه بلا شرط مفسد صح، والكفيل للحاجة إليه أيضاً، وشرطه العلم به بالمشاهدة. . أو باسمه ونسبه ولا يكفي وصفه بموسر ثقة، إذ الأحرار لا يمكن التزامهم في الذمة لانتفاء القدرة عليهم، بخلاف المرهون فإنه يثبت في الذمة. فإن لم يرهن المشتري ما شرط عليه رهنه وإن أتى برهن غير المعين ولو أعلى قيمة منه، أو لم يتكفل المعين بأن امتنع أو مات قبله وإن أقام المشتري ضامناً غيره ثقة، فللبائع الخيار. ولا يجبر من شرط عليه ذلك على القيام بالمشروط لزوال الضرر بالفسخ. ويتخير أيضاً فيما إذا لم يقبضه الرهن لهلاكه أو غيره».

وجاء في «**الشرح الكبير**» للمقنع (٤/٤٨): «الثاني شرط من مصلحة العقد. كاشتراط صفة في الثمن كتأجيله أو الرهن أو الضمين أو الشهادة، أو صفة في المبيع مقصودة نحو كون العبد كاتباً أو خطيباً أو صانعاً أو مسلماً أو الأمة بكراً أو الدابة هملاجة أو الفهد صيوداً[١]، فهو شرط صحيح يلزم الوفاء به. فإن لم يف به، فللمشتري الفسخ والرجوع بالثمن».

وجاء في «**المغني**» (٤/ ٢٨٥ ـ ٢٨٦): «الثاني تتعلق به مصلحة العاقدين، كالأجل والخيار والرهن والضمين والشهادة، أو اشتراط صفة مقصودة في المبيع كالصناعة والكتابة ونحوها، فهذا شرط جائز يلزم الوفاء به».

ما يجب لصحة الشرط الذي يلائم العقد:

والأمثلة التي وردت في النصوص المتقدمة عن الشرط الذي يلائم العقد هي:

١ ـ شرط أخذ رهن بالثمن.

٢ ـ شرط أخذ كفيل بالثمن.

٣ ـ شرط الحوالة بالثمن.

وكلها شروط تلائم العقد، فهي وإن كان العقد لا يقتضيها، إلاّ أنها لا تتعارض معه ولا تتنافى مع أحكامه، بل هي من مصلحة العقد، وتتعلق بها مصلحة العاقدين. والمذهب الحنفي يقتصر كما رأينا على القول بأن الشرط يلائم العقد، أما المذاهب الأخرى فالتعبير فيها أقل تحفظاً. تقول المالكية: الشرط الذي لا يقتضيه العقد ولا ينافيه وهو من مصلحته. وتقول أيضاً: لأن ذلك كله مما يعود على البيع بمصلحة ولا معارض له من جهة الشرع. وتقول الشافعية: شرط لا يقتضيه العقد ولمن فيه مصلحة وتدعو الحاجة إليه. وتقول الحنابلة: شرط من مصلحة العقد وتتعلق به مصلحة العقد وتتعلق به مصلحة العاقدين.

على أن هذه المذاهب تختلف عند ما تقرر ما يجب لصحة الشرط الذي يلائم العقد، فأضيقها في ذلك هو المذهب الحنفي، وأوسعها هو المذهب المالكي.

---

(١) هنا اختلط الأجل والصفة بالشرط المقترن بالعقد، وقد نبهنا إلى وجوب تمييز بعض عن بعض.

ففي المذهب الحنفي إذا كان الرهن الذي يتوثق الثمن به مجهولاً، أو كان الكفيل مجهولاً أو كان غير حاضر في المجلس أو كان حاضراً ولم يقبل الكفالة فإن الشرط يكون فاسداً ويفسد معه البيع. أما في الرهن فلأن جواز هذا الشرط مع أن القياس يأباه، لكونه ملائماً للعقد، مقرراً لمقتضاه معنى، لحصول معنى التوثق والتأكد للثمن، ولا يحصل ذلك إلاّ بالتسليم وأنه لا يتحقق في المجهول. وأما في الكفيل فلأن الجواز على مخالفة القياس ثبت لمعنى التوثيق وتوكيد الثمن لما فيه من تقرير موجب العقد. فإذا كان الكفيل غائباً أو حاضراً ولم يقبل، لم تصح الكفالة، فلم يحصل معنى التوثيق، فبقي الحكم على ما يقتضيه القياس. وكذا إذا كان الكفيل مجهولاً فالبيع فاسد لأن كفالة المجهول لا تصح، فلا بد إذن لصحة الشرط الملائم للعقد أن يكون تامّاً نافذ الأثر، وقت العقد، فيقبل الكفيل الكفالة بالثمن، ويسلم المشتري الرهن للبائع، وذلك كله قبل انفضاض مجلس العقد. على أنه يجوز أن يكون الرهن ـ لا الكفيل ـ غائباً عن المجلس ما دام معلوماً إذا كان عيناً معينة، أو ما دام يمكن ضبطه بالوصف إذا كان شيئاً غير معين إلاّ بالنوع، ففي هذه الحالة يصح شرط الرهن ويصح معه العقد. ، ويجب على المشتري تسليم الرهن أو قيمته إلى البائع بعد العقد، وإلاّ كان البائع بالخيار، إذا لم ينقد الثمن بين فسخ العقد أو إبقائه. ولكن لا يجبر المشتري على تسلم الرهن. خلافاً لقول زفر إذ يذهب إلى أن الرهن إذا شرط في العقد فقد صار حقّاً من حقوقه ويجبر المشتري على تنفيذه. والفرق بين الكفالة والرهن في هذا الصدد، إذ يشترط حضور الكفيل وقبوله الكفالة ولا يشترط حضور الرهن على ما بينا يوضحه صاحب **«فتح القدير»** إذ يقول: «.. لأن وجوب الثمن في ذمة الكفيل يضاف إلى البيع فيصير الكفيل كالمشتري فلا بد من حضوره العقد، بخلاف الرهن لا تشترط حضرته، لكن ما لم يسلم للبائع لا يثبت فيه حكم الرهن وإن انعقد، عقد الرهن بذلك الكلام، فإن سلم مضى العقد على ما عقدا، وإن امتنع عن تسليمه لا يجبر عندنا، بل يؤمر بدفع الثمن، فإن لم يدفع الرهن ولا الثمن خير البائع في الفسخ».

والظاهر من النصوص أن الشافعية والحنابلة كالحنفية في وجوب تعيين المرهون وتعيين الكفيل بالذات، فلا يكفي وصف الكفيل بموسر ثقة. ولكن يبدو أن الشافعية والحنابلة لا يتشددون تشدد الحنفية في وجوب أن يكون الكفيل حاضراً في مجلس العقد وأن يقبل الكفالة قبل انفضاض المجلس فيكفي أن يكون كل من الرهن والكفيل معيناً معلوماً على الوجه الذي قدمناه، فإن لم يسلم المشتري الرهن للبائع قبل العقد، أو لم يقبل الكفيل الكفالة أو مات قبل القبول. خير البائع في الفسخ إذا لم ينقده المشتري الثمن. ويقول الرملي في هذا الصدد: «فإن لم يرهن المشتري ما شرط عليه رهنه وإن أتى برهن غير المعين ولو أعلى قيمة منه. أو لم يتكفل المعين بأن امتنع أو مات قبله وإن أقام المشتري ضامناً غيره ثقة، فللبائع الخيار... ولا يجبر من شرط عليه ذلك على القيام بالمشروط لزوال الضرر بالفسخ. ويتخير أيضاً فيما إذا لم يقبضه الرهن لهلاكه أو غيره».

أما المذهب المالكي فهو كما قدمنا، أوسع المذاهب في هذه المسألة. فعنده يصح الشرط حتى لو لم يكن الرهن أو الكفيل معيناً. ويقول الحطاب: «وإن بعته على حميل لم تسمياه ورهن لم تصفاه، جاز». ليس هذا فحسب، بل أيضاً إذا عين الرهن بعد العقد وامتنع المشتري عن

تسليمه، أجبر على ذلك، ولا يقتصر الأمر على إعطاء البائع حق الفسخ إذا لم ينقد الثمن. وإذا لم يعين الرهن أجبر المشتري على أن يعطي الصنف المعتاد: ثياباً أو حلياً أو داراً أو نحو ذلك. ولا يجبر البائع على قبول ما في حفظه مشقة وكلفة، كالعبيد والدواب. ويقول الحطاب أيضاً في ذلك: «وإن سميتما الرهن أجبر على أن يدفعه إليك إنْ امتنع، وليس هذا من الرهن الذي لم يقبض... والبيع على رهن غير معين جائز، وعلى الغريم أن يعطيك الصنف المعتاد. والعادة في الخواص أن ترهن ما يغلب عليه كالثياب والحلي وما لا يغاب عليه كالدور وما أشبههما وليس العادة العبيد والدواب وليس على المرتهن قول ذلك وإن كان مصدقاً في تلفه لأن في حفظه مشقة وكلفة.. والذي نقله ابن المواز عن أشهب ونقله اللخمي. وابن رشد أنه يجبر على دفع رهن يكون في الثقة باعتبار ذلك الدين... وهو المذهب».

ونرى من ذلك أن المذهب الحنفي لا يكتفي في صحة الشرط بمجرد التزام المشتري بتقديم رهن أو كفيل. بل يجب أن يكون عقد الرهن أو عقد الكفالة قد انعقد مع انعقاد البيع. ويكتفي الشافعية والحنابلة بمجرد التزام المشتري بتقديم رهن أو كفيل على أن يكون الرهن أو الكفيل معيناً وقت العقد. أما المالكية فيكتفون هم أيضاً بمجرد التزام المشتري بتقديم رهن أو كفيل، ويزيدون على ذلك أنهم لا يشترطون أن يكون الرهن أو الكفيل معيناً وقت العقد، ثم إنهم في الرهن يجبرون المشتري على تسليمه إذا كان معيناً، أو على تسليم الصنف المعتاد إذا كان غير معين.

بقي شرط الحوالة، ونلاحظ أن كتب الحنفية قد تضاربت في صحة هذا الشرط. فقد جاء في **«البدائع»** كما رأينا: «ولو شرط المشتري على البائع أن يحيله بالثمن على غريم من غرمائه. أو على أن يضمن الثمن لغريم من غرماء البائع، فالبيع فاسد، لأن شرط الحوالة والضمان شرط لا يقتضيه العقد، والشرط الذي لا يقتضيه العقد مفسد في الأصل إلاّ إذا كان فيه تقرير موجب العقد وتأكيده، والحوالة إبراء عن الثمن وإسقاط له فلم يكن ملائماً للعقد بخلاف الكفالة والرهن». والفرض أن يرد الشرط في عقد البيع قاضياً بحوالة الثمن الذي في ذمة المشتري حوالة دين إلى ذمة شخص آخر قد يكون مديناً للمشتري (غريماً من غرمائه) فيصبح هذا المدين وقد تحمل الدين بالثمن نحو البائع وتبرأ ذمة المشتري من الثمن. هذا الشرط لا يقتضيه العقد. ثم هو لا يلائم العقد، لأن الحوالة إبراء لذمة المشتري من الثمن كما يقول صاحب **«البدائع»**. ولكن إذا كانت الحوالة إبراء عن الثمن وإسقاطاً له من وجه، فهي من وجه آخر تقرير لوجوب الثمن وتأكيد له، فإن الإبراء لا يكون إلاّ عن شيء واجب. هذا إلى أن الحوالة ليست إبراء فحسب، إذ هي إبراء لذمة المحيل - إبراء غير كامل - وشغل لذمة المحال عليه، وفي هذا أيضاً تقرير لوجوب الثمن وتأكيد له. ولا يختلف الأمر إذا ضمن المشتري الثمن لغريم من غرماء البائع أي لدائن من دائنيه، ولو كان ذلك من طريق حوالة الدين الذي في ذمة البائع لدائنه إلى ذمة المشتري، فإن المشتري بقبوله هذه الحوالة إنما يؤكد وجوب الثمن في ذمته وبدلاً من أن يدفعه للبائع يكون واجباً عليه أن يدفعه لدائن البائع، فالشرط كما نرى ملائم لمقتضى عقد البيع كل الملاءمة، ويعدل في ذلك شرط الرهن وشرط الكفالة. من أجل ذلك نرجح الأخذ بما جاء في **«فتح القدير»** من أن «شرط الحوالة كالكفالة»، وبما جاء في **«المبسوط»** من أن «شرط الحوالة في هذا كشرط الكفالة، لأنه لا ينافي

وجود أصل الثمن في ذمة المشتري، فإن الحوالة تحويل ولا يكون ذلك إلاّ بعد وجود الثمن في ذمة المشتري، بخلاف ما لو شرط وجوب الثمن ابتداء على غير المشتري بالعقد فإن ذلك ينافي موجب العقد فكان مفسداً للعقد».

الشرط الذي يلائم العقد يصح استثناء على سبيل الاستحسان عند الحنفية ويصح أصلاً في المذاهب الأخرى:

ولم تجز الحنفية الشرط الذي يلائم العقد إلاّ استثناء على سبيل الاستحسان، ملحقين إياه في المعنى بالشرط الذي يقتضيه العقد. وإلاّ فإن الشرط، ولو لاءم لعقد ما دام العقد لا يقتضيه، لا يجوز على مقتضى القياس عند الحنفية، فإن فيه زيادة منفعة لا يقتضيها العقد فيكون عقداً في عقد وهذا لا يجوز. وإنما صح هذا الشرط على سبيل الاستحسان كما قدمنا، لأنه مقرر لحكم العقد من حيث المعنى، مؤكد إياه، فاشتراط الرهن أو الكفالة بالثمن يؤكد وجوب استيفاء الثمن واستيفاء الثمن ملائم للعقد، ومثل هذا الاشتراط يكون بمثابة اشتراط صفة الجودة في الثمن.

جاء في «**المبسوط**» (١٣/ ١٩): «وإن شرط أن يرهنه المبتاع هذا بعينه، ففي القياس العقد فاسد لما بينا أنه شرط عقد في عقد. وفي الاستحسان يجوز في هذا العقد، لأن المقصود بالرهن الاستيفاء، فإن موجبه ثبوت يد الاستيفاء وشرط استيفاء الثمن ملائم للعقد. ثم الرهن بالثمن للتوثق بالثمن، فاشتراط ما يتوثق به كاشتراط صفة الجودة في الثمن». وقد رأينا صاحب البدائع يقول في هذا المعنى: «وكذلك الشرط الذي لا يقتضيه العقد، لكنه ملائم للعقد، لا يوجب فساد العقد أيضاً؛ لأنه مقرر لحكم العقد من حيث المعنى مؤكد إياه. فيلحق بالشرط الذي هو من مقتضيات العقد. وذلك نحو ما إذا باع على أن يعطيه المشتري بالثمن رهناً. . . فإن كان معلوماً فالبيع جائز استحساناً، والقياس ألا يجوز لأن الشرط الذي يخالف مقتضى العقد مفسد في الأصل. وشرط الرهن والكفالة مما يخالف مقتضى العقد فكان مفسداً، إلاّ أننا استحسنا الجواز لأن هذا الشرط لو كان مخالفاً مقتضى العقد صورة فهو موافق له معنى؛ لأن الرهن بالثمن شرع توثيقاً للثمن وكذا الكفالة فإن حق البائع يتأكد بالرهن والكفالة، فكان كل واحد منهما مقرراً لمقتضى العقد معنى، فأشبه اشتراط صفة الجودة في الثمن وأنه لا يوجب فساد العقد، فكذا هذا».

أما في المذهب الشافعي، فالظاهر أن الشرط الذي يلائم العقد يصح أصلاً لا استثناء، بخلاف المذهب الحنفي فالشرط فيه لا يصح إلا على سبيل الاستثناء كما قدمنا.

وأما المذهبان المالكي والحنبلي فيبدو أنهما يجيزان الشرط الملائم للعقد على اعتبار أن هذا الشرط إذا كان العقد لا يقتضيه فإنه لا ينافي مقتضى العقد وهو من مصلحته، وما لا ينافي مقتضى العقد وإن كان العقد لا يقتضيه فهو جائز ما دامت فيه مصلحة للعقد وللمتعاقدين. ويظهر أن الفرق بين المذهب الحنفي وهذين المذهبين في هذا الصدد أن الحنفية يوجبون لصحة الشرط في الأصل أن يكون العقد يقتضيه، ثم هم يجيزون استثناء ـ على سبيل الاستحسان لا على سبيل القياس ـ الشرط الذي يلائم العقد، لأنه يشبه في المعنى الشرط الذي يقتضيه العقد، فيلحق به. أما

المذهبان الآخران فعندهما أنه ليس من الضروري لصحة الشرط أن يكون العقد يقتضيه. بل يكفي أن يكون الشرط لا ينافي مقتضى لعقد، فيصح الشرط الذي يقتضيه العقد، كما يصح الشرط الذي يلائم العقد لأنه لا ينافي ما يقتضيه، والصحة في هذا الشرط وفي ذاك إنما ترد على سبيل الأصل لا على سبيل الاستثناء. وقد رأينا الخرشي في المذهب المالكي يقول في هذا المعنى: «ولما أنهى الكلام على الشرط المناقض، وترك المؤلف ذكر ما يقتضيه العقد لوضوحه، أخذ يذكر ما لا يقتضيه ولا ينافيه وهو من مصلحته، بقوله مشبهاً له بالحكم قبله، وهو الصحة، كشرط رهن وحميل وأجل، يعني أن البيع يصح مع اشتراط هذه الأمور. وليس في ذلك فساد ولا كراهية، لأن ذلك كله مما يعود على البيع بمصلحته، ولا معارض له من جهة الشرع». ثم رأينا ابن قدامة المقدسي في المذهب الحنبلي يقول في الشرح الكبير: «التأني شرط من مصلحة العقد.. فهو شرط صحيح يلزم الوفاء به».

حـ ـ الشرط الذي يجري به التعامل

النصوص:

جاء في «**المبسوط**» (١٣/ ١٤): «وإن كان شرطاً لا يقتضيه العقد وفيه عرف ظاهر، فذلك جائز أيضاً، كما لو اشترى نعلاً وشراكاً بشرط أن يحذوه البائع، لأن الثابت بالعرف ثابت بدليل شرعي، ولأن في النزوع عن العادة الظاهرة حرجاً بيناً».

وجاء في «**البدائع**» (٥/ ١٧٢): «كذلك إن كان مما لا يقتضيه العقد ولا يلائم العقد أيضاً، لكن للناس فيه تعامل، فالبيع جائز. كما إذا اشترى نعلاً على أن يحذوه البائع، أو جراباً على أن يخرزه له خفاً، أو ينعل خفه والقياس ألا يجوز، وهو قول زفر رحمه الله. وجه القياس أن هذا شرط لا يقتضيه العقد وفيه منفعة لأحد العاقدين وأنه مفسد، كما إذا اشترى ثوباً بشرط أن يخيطه البائع له قميصاً ونحو ذلك. ولنا أن الناس تعاملوا هذا الشرط في البيع كما تعاملوا الاستصناع فسقط القياس بتعامل الناس كما سقط في الاستصناع».

وجاء في «**فتح القدير**» (٥/ ٢١٥): «... أو لا يقتضيه وليس مما ثبت كذلك لكنه متعارف كشراء نعل على أن يحذوها البائع أو يشركها، فهو جائز أيضاً لما سيأتي». ثم يقول (٢٢١ ـ ٢٢٢) قوله: «ومن اشترى نعلاً على أن يحذوها البائع، المراد اشترى أديماً على أن يجعله البائع نعلاً له، فأطلق عليه اسم النعل باعتبار أوله. ويمكن أن يراد حقيقته أي نعل رجل واحدة على أن يحذوها أن يجعل معها مثالاً آخر ليتم نعلاً للرجلين، ومنه حذوت النعل بالنعل أي قدرته بمثال قطعته، ويدل عليه قوله أو يشركه فجعله مقابلاً لقوله نعلاً، ولا معنى لأن يشتري أديماً على أن يجعل له شراكاً، فلا بد أن يراد حقيقة الفعل، فالبيع فاسد. وفي الاستحسان يجوز البيع ويلزم الشرط للتعامل كذلك. ومثله في ديارنا شراء القبقاب على هذا الوجه على أن يسمر له سيراً. وصار كصبغ الثوب، مقتضى القياس منعه لأنه إجارة عقدت على استهلاك عين مع المنفعة وهو عين الصبغ، ولكن جوز للتعامل. ومثله إجارة الظئر مع لزوم استهلاك اللبن، جاز للتعامل. لكن في الفوائد المستحق بالإجارة فعل الصبغ والحضانة في استئجار الصباغ والظئر، والصبغ واللبن آلة فعلهما،

وللتعامل جوزنا الاستصناع مع أنه بيع المعدوم، ومن أنواعه شراء الصوف المنسوج على أن يجعله البائع قلنسوة بشرط أن يبطن له البائع بطانة من عنده، وهذا نوع آخر من الشرط وهو البيع بشرط أن به كذا، وما تقدم كان المشروط معدوماً فيشترط أن يفعل من هذا».

فلم تكن بها حاجة للتوسعة عن طريق جريان التعامل بالشروط المقترنة بالعقد(١):

على أن المذهب الحنفي لا يبدو أن ينتفع انتفاعاً كاملاً من قاعدة إباحة الشرط الذي يجري به التعامل، فالأمثلة التي ترد في كتب المذهب ذات أهمية عملية محدودة: نعل يحذوه البائع أو يجعل له شراكاً، جراب يخرزه خفاً، خف ينعله، ثوب يصبغه، قبقاب يسمر له سيراً، صوف منسوج يجعله قلنسوة.

والظاهر أن الشرط الذي يجري به التعامل عند الحنفية هو أمر ثانوي يتعلق بالمبيع ذاته. فإن كان أمراً غير ثانوي كثوب يخيطه قميصاً أو دار يسكنها ـ وكان غير متعلق بالمبيع ذاته ـ كقرض في بيع أو بيعتين في صفقة واحدة ـ فلا يجوز. وإذا كان التعامل في الماضي لم يجر بمثل هذه الشروط، فإنه يجري بها في العصر الحاضر، فينبغي عدم الوقوف عند التعامل في الماضي، وما دام باب التعامل قد فتح، فإن التعامل يختلف من بيئة إلى بيئة ومن عصر إلى عصر، ومن المستطاع التوسع في هذا الباب إلى حد كبير.

ولا يزال الشرط الذي يجري به التعامل إنما تثبت له الصحة في المذهب الحنفي على سبيل الاستحسان. أما في القياس فهو لا يجوز. لأن فيه زيادة منفعة لا يتقضيها العقد فيكون عقداً في عقد. وقد رأينا صاحب **«البدائع»** يقول: «والقياس لا يجوز، وهو قول زفر رحمه الله. وجه القياس أن هذا شرط لا يقتضيه العقد وفيه منفعة لأحد العاقدين وأنه مفسد، كما إذا اشترى ثوباً بشرط أن يخيطه البائع له قميصاً ونحو ذلك، ولنا أن الناس تعاملوا هذا الشرط في البيع كما تعاملوا الاستصناع، فسقط القياس بتعامل الناس، كما سقط في الاستصناع».

٢ ـ الشرط الفاسد

المذهب الحنفي والمذاهب الثلاثة الأخرى:

ولما كان المذهب الحنفي هو أضيق المذاهب في إباحة الشروط المقترنة بالعقد كما قدمنا، ومن ثم كان الشرط الفاسد في هذا المذهب واسع المدى، لذلك نبدأ ببحث المذهب الحنفي وحده، ثم نعقب بتأصيل هذا المذهب وتطور الفقه الإسلامي في المذاهب الثلاثة الأخرى وفي المذهب الحنفي نفسه فهناك اتصال وثيق بين هاتين المسألتين.

---

(١) وهذا فيما عدا المذهب الشافعي، فهو قريب من المذهب الحنفي في حظر الشروط المقترنة بالعقد والتضييق في إباحتها كما سنرى. ويخلط الفقه الشافعي بين الشرط الذي يلائم العقد والشرط الذي تدعو إليه حاجة التعامل **«المهذب»** (١/ ٢٦٨)، **«شرح المنهاج للرملي»** (٣/ ٤٣٦).

أولاً: المذهب الحنفي

التمييز بين حالتين:

يجب التمييز في المذهب الحنفي بين حالتين:

أ ـ حالة فيها الشرط الفاسد يفسد العقد.

ب ـ وحالة فيها الشرط الفاسد يلغو دون أن يفسد العقد، فيسقط الشرط ويبقى العقد.

أ ـ شرط فاسد يفسد العقد

النصوص:

جاء في «**المبسوط**» (١٣/ ١٥ ـ ١٨): «وإن كان شرطاً لا يقتضيه وليس فيه عرف ظاهر، فإن كان فيه منفعة لأحد المتعاقدين فالبيع فاسد، لأن الشرط باطل في نفسه، والمنتفع به غير راض بدونه، فتتمكن المطالبة بينهما بهذا الشرط، فلهذا فسد به البيع. وكذلك إن كان فيه منفعة للمعقود عليه، وذلك نحو ما بينا أنه إذا اشترى عبداً على أنه لا يبيعه، فإن العبد يعجبه ألا تتناوله الأيدي، وتمام العقد بالمعقود عليه حتى لو زعم أنه حر كان البيع باطلاً، فاشتراط منفعته كاشتراط منفعة أحد المتعاقدين... قال وإذا اشترى عبداً على أنه يعتقه فالبيع فاسد، وروى الحسن عن أبي حنيفة رحمهما الله أن البيع جائز بهذا الشرط، وهو قول الشافعي، لحديث بريرة رضي الله عنها فإنها جاءت إلى عائشة رضي الله عنها تستعينها في المكاتبة. قالت إن شئت عددتها لأهلك وأعتقك، فرضيت بذلك، فاشترتها وأعتقتها، وإنما اشترتها العتق وقد أجاز ذلك رسول الله ﷺ لها... ولأن العتق في المبيع قبض... والقبض من أحكام العقد فاشتراطه في العقد يلائم العقد ولا يفسده. وحجتنا في ذلك نهي النبي ﷺ عن بيع وشرط، ولأن في هذا الشرط منفعة للمعقود عليه والعقد لا يقتضيه فيفسد به العقد كما لو شرط ألا يبيع. يوضحه أنه لو شرط في الجارية أن يستولدها أو في العبد أن يدبره كان العقد فاسداً فإذا كان اشتراط حق العتق لها يفسد البيع فاشتراط حقيقة العتق أولى، ودعواه أن هذا الشرط يلائم العقد لا معنى له فإن البيع موجب للملك والعتق مبطل له فكيف يكون بينهما ملاءمة، ثم هذا الشرط يمنع استدامة الملك فيكون ضد ما هو المقصود بالعقد. وبيع العبد نسمة لا يكون بشرط العتق، بل يكون ذلك وعداً من المشتري ثم البيع بعقد مطلقاً، وهو تأويل حديث عائشة رضي الله عنها فإنها اشترت بريرة رضي الله عنها مطلقاً ووعدت لها أن تعتقها لترضى هي بذلك فإن بيع المكاتبة لا يجوز بغير رضاها...

... وإذا اشتراه على أن يقرض له قرضاً أو يهب له هبة أو يتصدق عليه بصدقة أو على أن يبيعه بكذا وكذا من الثمن، فالبيع في جميع ذلك فاسد، لنهي النبي ﷺ عن بيع وسلف وعن بيعتين في بيعة... وإن اشترى شيئاً وشرط على البائع أن يحمله إلى منزله أو يطحن الحنطة أو يخيط الثوب فهو فاسد، لأن فيه منفعة لأحد المتعاقدين والعقد لا يقتضيه، لأنه إن كان بعض البدل بمقابلة العمل المشروط عليه فهو إجارة مشروطة في العقد، وإن لم يكن بمقابلته شيء من البدل فهو إعارة مشروطة في البيع، وهو مفسد للعقد، وكذلك لو اشترى داراً على أن يسكنها

البائع شهراً، فهذه إعارة مشروطة في البيع وهو مفسد للعقد، أو هذا شرط أجل في العين والعين لا تقبل الأجل».

وجاء في «**البدائع**» (٥/ ١٦٩ ـ ١٧٣): «ومنها شرط لا يقتضيه العقد، وفيه منفعة للبائع أو للمشتري أو للمبيع إن كان من بني آدم كالرقيق، وليس بملائم للعقد، ولا مما جرى به التعامل بين الناس، نحو ما إذا باع داراً على أن يسكنها البائع شهراً، ثم يسلمها إليه، أو أرضاً على أن يزرعها سنة، أو دابة على أن يركبها شهراً، أو ثوباً على أن يلبسه أسبوعاً أو على أن يقرضه المشتري قرضاً، أو على أن يهب له هبة، أو يزوج ابنته منه، أو يبيع منه بكذا، ونحو ذلك، أو اشترى ثوباً على أن يخيطه البائع قميصاً، أو حنطة على أن يطحنها، أو ثمرة على أن يجذها، أو ربطة قائمة على الأرض على أن يجذها، أو شيئاً له حمل ومؤونة على أن يحمله البائع إلى منزله، ونحو ذلك. فالبيع في هذا كله فاسد، لأنه زيادة منفعة مشروطة في البيع تكون رباً، لأنها زيادة لا يقابلها عوض غي عقد البيع وهو تفسير الربا، والبيع الذي فيه الربا فاسد، أو فيه شبهة الربا وأنها مفسدة للبيع كحقيقة الربا. . وكذا لو باع جارية على أن يدبرها المشتري أو على أن يستولدها، فالبيع فاسد، لأنه شرط فيه منفعة للمبيع وأنه مفسد. وكذا لو باعها بشرط أن يعتقها المشتري، فالبيع فاسد في ظاهر الرواية عن أصحابنا، وروى الحسن عن أبي حنيفة رضي الله عنهما أنه جائز[1]، وبه أخذ الشافعي رحمه الله. . . وكذا لو باع عبداً أو جارية بشرط ألا يبيعه وألا يهبه وألا يخرجه من ملكه، فالبيع فاسد، لأن هذا شرط ينتفع به العبد والجارية بالصيانة عن تداول الأيدي فيكون مفسداً للبيع. . . ولو اشترى شيئاً بشرط أن يوفيه في منزله، فهذا لا يخلو إما أن يكون المشتري والبائع بمنزلهما في المصر وإما أن يكون أحدهما في المصر والآخر خارج المصر. فإن كان كلاهما في المصر، فالبيع بهذا الشرط جائز عند أبي حنيفة وأبي يوسف استحساناً، إلاّ إذا كان في تصحيح الشرط تحقيق الربا كما إذا تبايعا حنطة بحنطة وشرط أحدهما على صاحبه الإيفاء في

---

(١) ويقول صاحب «**البدائع**»: «ووجه هذه الرواية أن شرط الإعتاق مما يلائم العقد. لأن الإعتاق إنهاء الملك وإنهاء الملك تقرير له، فكان ملائماً. . . ولظاهر الرواية وجهان، أحدهما يعم الكل، والثاني يخص أبا حنيفة عليه الرحمة. أما الأول فهو أن شرط العتق شرط لا يلائمه العقد، لأن العقد يقتضي الملك، والملك يقتضي إطلاق التصرف في المملوك تحصيلاً وتركاً، وشرط الإعتاق يقتضي الاستحقاق واللازم لا محالة، فلا يلائمه بل يضاده. وأما الثاني فلأن هذا الشرط يلائم العقد من وجه ولا يلائمه من وجه. . ثم إذا باع بهذا الشرط فأعتقه المشتري، انقلب العقد جائزاً بالإعتاق عند أبي حنيفة استحساناً. . وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله لا ينقلب جائزاً حتى تلزمه قيمة الجارية وهو القياس، ووجههما ظاهر لأن البيع وقع فاسداً من حين وجوده، وبالإعتاق لا ينعدم الفساد بل يتقرر. ولأبي حنيفة رحمه الله ما ذكرنا أن شرط الإعتاق يلائم العقد من وجه ولا يلائمه من وجه، لأنه إنهاء من وجه وإزالة من وجه، فمن حيث إنه إنهاء كان يلائمه لأنه تقرير، لكن من حيث إنه إزالة لا يلائمه لأنه تغيير موجب العقد، فيجب العمل بالشبهين، فعملنا بشبه الإزالة فقلنا بفساد في الابتداء، وعملنا بشبه الإنهاء فقلنا بجوازه في الانتهاء، عملاً بالشبهين بقدر الإمكان. فإن قيل لم لا يعمل بهما على القلب مما قلتم، قيل لأنه لا يمكن لأنا لم نجد جائزاً انقلب فاسداً في أصول الشريعة، ووجدنا فاسداً انقلب جائزاً كما في بيع الرقم ونحوه» («**البدائع**» ٥/ ١٧٠).

منزله، وعند محمد البيع بهذا الشرط فاسد وهو القياس، لأنه شرط لا يقتضيه العقد وفيه منفعة للمشتري فأشبه ما إذا اشترى بشرط الحمل إلى منزله أو بشرط الإيفاء في منزله وأحدهما في المصر والآخر خارج المصر. ولهما أن الناس تعاملوا البيع بهذا الشرط إذا كان المشتري في المصر، فتركنا القياس لتعامل الناس، ولا تعامل فيما إذا لم يكونا في المصر ولا في شرط الحمل إلى المنزل فعملنا بالقياس فيه. . . وأما بيع الثمر على الشجر بعد ظهوره وبيع الزرع في الأرض. . . إن اشترى بشرط الترك فالعقد فاسد بالإجماع، لأنه شرط لا يقتضيه العقد وفيه منفعة لأحد المتعاقدين ولا يلائم العقد ولا جرى به التعامل بين الناس، ومثل هذا الشرط مفسد للبيع لما ذكرنا، ولأنه لا يتمكن من الترك إلاّ بإعارة الشجرة والأرض وهما ملك البائع، فصار بشرط الترك شارطاً الإعارة، فكان شرطه صفقة في صفقة وأنه منهي عنه».

وجاء في «**فتح القدير**» (٥/ ٢١٥ ـ ٢٢١): «ولو كان الشرط مما لا يقتضيه وليس مما ذكرنا، فأما ما في منفعة لأحد المتعاقدين أو المعقود عليه وهو من أهل الاستحقاق، كأن اشترى حنطة على أن يطحنها البائع أو يتركها في داره شهراً أو ثوباً على أن يخيطه، فالبيع فاسد وكذا شرط ألا يبيع المشتري العبد لأنه يعجبه ألا تتداوله الأيدي، وكذا على ألا يخرجه من مكة مثلاً. وفي الخلاصة اشترى عبداً على أن يبيعه جاز، وعلى أن يبيعه من فلان لا يجوز. أي لا يجوز للبائع أن يشترط عليه البيع من فلان لأن للمبيع منفعة ولها مطالب من جهة العباد وهو العبد لأن له طالباً. وكذا إذا كانت المنفعة لغير العاقدين، ومنه إذا باع ساحة على أن يبني بها مسجداً، أو طعاماً على أن يتصدق به، فهو فاسد. . . ومن مثل الباطل بيع العبد على أن يعتقه المشتري أو يكاتبه أو يدبره[1]. . وكذلك لو باع عبداً على أن يستخدمه البائع شهراً، أو داراً على أن يسكنها، أو على أن يقرضه المشتري دراهم، أو عل أن يهدي له هدية أو ثوباً على أن يقطعه المشتري قميصاً أو قباء، فهو فاسد، لأنه شرط لا يقتضيه العقد وفيه منفعة لأحد المتعاقدين، وقد ورد في عين بعضها نهي خاص وهو نهيه ﷺ عن بيع وسلف أي قرض. ثم خص شرطي الاستخدام والسكن بوجه معنوي، فقال ولأنه لو كان الخدمة والسكنى يقابلهما شيء من الثمن، بأن يعتبر المسمى ثمناً بإزاء المبيع وبإزاء أجرة الخدمة والسكنى، يكون إجارة في بيع، ولو كان لا يقابلهما يكون إعارة في بيع؛ وقد نهى رسول الله ﷺ عن صفقتين في صفقة. . . واعلم أنه روي عن رسول الله ﷺ أنه

---

(١) ويقول صاحب «**فتح القدير**» بعد ذلك: «والشافعي يخالفنا في شرط العتق في أحد قوليه فيصححه ثم إن أعتقه فذاك، وإلاّ خير البائع في فسخ العقد ولا يجبر عليه في قول بعض أصحابه، وفي قول آخرين يجبر. قال المصنف: ويقيسه الشافعي على بيع العبد نسمة، ثم فسره بأن يبيعه ممن يعلم أنه يعتقه لا أن يشترط فيه ذلك. . . الحجة عليه ما ذكرنا، يعني من الحديث والمعنى. وأنت علمت أنه يرجع إلى تخصيص العام بالخاص كيفما وجد وهو مذهبه ولهذا خصه بحديث بريرة. وجوابه أن ليس في حديث بريرة أصلاً أن البيع كان يشترط العتق، بل كان على وعد العتق منها، وحينئذٍ فليس من تخصيص منع بيع بشرط في شيء. . ونسمة منصوب على الحال بمعنى معروضاً للعتق، وعبر بالنسمة لكثرة ذكرها فيما إذا أعتقت مثل قوله ﷺ فك الرقبة واعتق النسمة، فصيرت كالاسم لما عرض للعتق، فعوملت معاملة الأسماء المتضمنة لمعنى الفعل» («**فتح القدير**» ٥/ ٢١٦ ـ ٢١٧).

نهى عن بيعتين في بيعة، ويظهر من كلام بعض من يتكلم في الحديث ظن أنه معنى الأول، وليس كذلك بل هذا أخص منه، فإنه في خصوص من الصفقات وهو البيع، وفسره الشافعي بأن أبيعك داري هذه بكذا على أن تبيعني غلامك بكذا فإذا وجب لي غلامك وجبت لك داري. . . وذكر الإمام قاضيخان العقود التي يتعلق تمامها بالقبول أقسام ثلاثة، قسم يبطل بالشرط الفاسد وجهالة البدل وهي مبادلة المال بالمال كالبيع والإجارة والقسمة والصلح عن دعوى المال، وقسم لا يبطل بالشرط الفاسد ولا جهالة البدل وهو معاوضة المال بما ليس بمال كالنكاح والخلع والصلح عن دم عمد، وقسم له شبه بالبيع والنكاح وهو الكتابة يبطلها جهالة البدل ولا يبطلها الشرط الفاسد. . . ومن اشترى ثوباً على أن يقطعه البائع ويخيطه قميصاً أو قباء فالبيع فاسد بإجماع الأئمة الأربعة لأنه شرط يقتضيه العقد وفيه منفعة لأحد المتعاقدين ولأنه يصير صفقتين على ما مر من امتناع الصفقتين في صفقة، إلاّ أن هنا على تقرير واحد وهو كون الخياطة شيء من الثمن فهو شرط إجارة في بيع وما تقدم كان كذلك على ذلك التغيير وعلى تقرير عدم المقابلة يكون إعارة في بيع».

ونستعرض استخلاصاً من النصوص المتقدمة، مسائل ثلاثاً:

١ ـ الصور المختلفة للشرط الفاسد الذي يفسد العقد.

٢ ـ الأسباب التي دعت المذهب إلى القول بفساد الشرط والعقد في هذه الصور.

٣ ـ العقود التي يكون فيها الشرط الفاسد مفسداً للعقد.

١ ـ الصور المختلفة للشرط الفاسد الذي يفسد العقد:

يمكن القول بوجه عام أن الشرط الفاسد الذي يفسد العقد هو الذي فيه منفعة لها صاحب يطالب بها، وهذه المنفعة إما أن تكون للمبيع إذا كان رقيقاً، أو للبائع، أو للمشتري، أو لأجنبي غير المتعاقدين.

فمثل المنفعة التي تكون للمبيع إذا كان رقيقاً: أن يشتري عبداً على ألا يبيعه أو يهبه أو يخرجه من ملكه بحال، أو على أن يبيعه من فلان دون غيره، أو على ألا يخرجه من بلد معين، أو على أن يدبره أو يكاتبه، أو على أن يعتقه على خلاف بين المذاهب[1]، أو يشتري أمة على أن

---

(١) رأينا في النصوص المتقدمة أن المذهب الحنفي ـ فيما عدا رواية عن أبي حنيفة للحسن ابن زياد ـ يقول بفساد شرط العتق، لأن هذا الشرط فيه منفعة للمبيع، ولا يقتضيه العقد، ولا يلائم مقتضى العقد إذ المبيع موجب للملك والعتق مبطل له فلا تكون بينهما ملاءمة. ولكن أبا حنيفة يصحح البيع إذا أعتق المشتري الرقيق بالفعل، لأن العتق عنده إنهاء للملك من وجه وإزالة له من وجه آخر، فمن حيث هو إنهاء للملك كان يلائم العقد لأنه تقرير للملك، ومن حيث إنه إزالة للملك كان لا يلائم العقد لأنه تغيير لموجبه، فعمل بالشبهين بقدر الإمكان. عمل بشبه الإزالة فقال بفساد العقد في الابتداء، وعمل بشبه الإنهاء فقال بجوازه في الإنهاء.
ولا يستطيع أن يقلب الوضع فيقول بالفساد بعد الصحة، لأن العقد لا يفسد بعد الصحة ولكنه قد يصح بعد الفساد.
أما الشافعي فيذهب إلى أن شرط العتق صحيح لحديث بريرة، ولأن العتق في المبيع قبض وتقرير للملك فاشتراطه يلائم العقد. ولكن لا يجبر المشتري على العتق فإن لم يعتق خير البائع في الفسخ، وفي قول آخر

يستولدها. ففي هذه الأمثلة نرى الرقيق المبيع قد صارت له منفعة بعقد البيع يستوفيها من المشتري. فمن مصلحة هذا الرقيق ألا يباع أو يخرج من ملك المشتري حتى لا تتداوله الأيدي، أو في القليل ألا يباع إلاّ إلى شخص بالذات فيتحدد بذلك مجال التعامل فيه، أو أن يبقى في بلد معين له في الاستقرار فيه مصلحة. ومن مصلحته أن يدبر أو يكاتب أو يستولد إذا كان أمة، فهذا هو طريقه إلى العتق. ومن مصلحته بالأولى أن يشترط البائع عتقه.

والمنفعة التي تكون للبائع إما أن تكون منفعة تتعلق بالمبيع ذاته أو منفعة مستقلة عن المبيع، فمثل المنفعة التي تتعلق بالمبيع أن يبيع عبداً ويشترط على المشتري أن يبقى في خدمته وقتاً من الزمن، أو يبيع داراً ويشترط أن يسكنها شهراً، أو يبيع أرضاً ويشترط أن يزرعها سنة، أو يبيع دابة ويشترط أن يركبها إلى مكان معين، أو يبيع ثوباً ويشترط أن يلبسه أسبوعاً. ونرى في هذا الأمثلة أن البيع يتضمن إجارة أو إعارة، فيتضمن إجارة إن كان للشرط مقابل من الثمن، فإن لم يكن له مقابل فالبيع يتضمن إعارة. ومثل المنفعة المستقلة عن المبيع أن يشترط البائع على المشتري أن يقرضه قرضاً، أو أن يهب له هبة، أو أن يتصدق عليه بصدقة، أو أن يشتري منه شيئاً آخر، أو أن يبيع له كما اشترى منه، أو أن يزوج منه ابنته. ونرى في هذه الأمثلة عقد البيع قد تضمن عقداً آخر؛ قرضاً أو هبة أو صدقة أو بيعاً أو زواجاً.

والمنفعة التي تكون للمشتري تكون هي أيضاً إما منفعة تتعلق بالبيع ذاته أو منفعة مستقلة عن المبيع. فمثل المنفعة التي تتعلق بالمبيع أن يشتري حنطة ويشترط على البائع أن يطحنها، أو ثوباً ويشترط على البائع أن يخيطه، أو محصولاً ويشترط على البائع أن يحصده، أو يشترط أن يتركه في الأرض حتى ينضج، أو ربطة قائمة على الأرض ويشترط على البائع أن يجذها، أو يشتري ماله حمل ومئونة ويشترط على البائع أن يحمل المبيع إلى منزله[١]. وفي هذه الأمثلة نرى البيع قد اقترن بعقد آخر، هو في أغلبها إجارة عمل البائع، وهو إعارة الأرض أو إجارتها شرط ترك المحصول في الأرض حتى ينضج. ومثل المنفعة المستقلة عن المبيع أن يشترط المشتري على البائع أن يقرضه قرضاً، أو أن يهب له هبة، أو أن يتصدق عليه بصدقة، أو أن يبيع له شيئاً آخر، أو أن يشتري منه كما باع له، أو أن يتزوج ابنته. وهذه هي نفس الأمثلة التي أوردناها في منفعة

يجبر المشتري على العتق. هذا ويلاحظ أن حديث بريرة لا يفيد أصلاً أن البائع قد اشترط على عائشة رضي الله عنها أن تعتق بريرة، بل إن عائشة هي التي وعدت بريرة بالعتق بعد أن تشتريها، والبيع بهذا الوعد من المشتري يسمى بيع العبد نسمة.

والمذهبان المالكي والحنبلي يصححان شرط العتق أسوة بكثير من الشروط الأخرى، لأن هذين المذهبين أوسع المذاهب في تصحيح الشروط.

(١) وقد رأينا مما تقدم من النصوص أن شرط حمل المبيع إلى منزل المشتري فاسد بالإجماع إذا لم يكن البائع والمشتري في بلد واحد، فإن كانا معاً في المصر فالشرط جائز عند أبي حنيفة وأبي يوسف استحساناً لجريان التعامل عليه، وهو فاسد عند محمد أخذاً بالقياس لأنه شرط لا يقتضيه العقد ولا يلائم مقتضى العقد وفيه منفعة للمشتري.

البائع المستقلة عن المبيع، وإنما جعلناها هنا لمصلحة المشتري لا لمصلحة البائع.

وقد تكون المنفعة لأجنبي غير المتعاقدين، كما إذا باع ساحة على أن يبني المشتري فيها مسجداً، أو باع طعاماً على أن يتصدق به المشتري، أو باع داراً واشترط على المشتري أن يهبها لفلان أو يبيعها منه بكذا من الثمن. ويلاحظ أن هذه الصورة في الفقه الإسلامي تعدل في الفقه الغربي صورة الاشتراط لمصلحة الغير، ولما كان الشرط فاسداً في هذه الحالة فقد أقفل باب الاشتراط لمصلحة الغير في الفقه الحنفي.

٢ ـ الأسباب التي دعت المذهب الحنفي إلى القول بفساد الشرط والعقد في هذه الصور:

وقد رأينا النصوص الفقهية المتقدمة تعلل فساد الشرط والعقد في هذه الصور بعلتين مختلفتين:

العلة الأولى: أن الشرط، ويتضمن منفعة تجوز المطالبة بها، يكون زيادة منفعة مشروطة في عقد البيع، وهي زيادة لا يقابلها عوض، فهي ربا أو فيها شبهة ربا، والمبيع الذي فيه الربا أو شبهة الربا فاسد.

العلة الثانية: أن الشرط لا يقتضيه العقد حتى يصح قياساً؛ ولا هو ملائم للعقد أو يجري به التعامل حتى يصح استحساناً، وقد تضمن منفعة تجوز المطالبة بها، فصار في ذاته عقداً آخر ـ إجارة أو إعارة أو بيعاً أو قرضاً أو هبة أو غير ذلك ـ تضمنه عقد البيع. وقد نهى النبي ﷺ عن بيع وشرط، وعن بيع وسلف، وعن بيعتين في بيعة واحدة، وعن صفقتين في صفقة واحدة. . ومهما يكن من شأن صحة بعض هذه الأحاديث، فقد أخذ بها المذهب الحنفي. وقد رأينا صاحب المبسوط يقول في هذا المعنى إن الشرط «فيه منفعة لأحد المتعاقدين والعقد لا يقتضيه، لأنه إذا كان بعض البدل بمقابلة العمل المشروط عليه فهو إجارة مشروطة في العقد، وإن لم يكن بمقابلته شيء من البدل فهو إعارة مشروطة في البيع، وهو مفسد للعقد. . لنهي النبي ﷺ عن بيع وسلف وعن بيعتين في بيعة». ورأينا صاحب «**البدائع**» يقول: «إن اشترى بشرط الترك فالعقد فاسد بالإجماع، لأنه شرط لا يقتضيه العقد وفيه منفعة لأحد المتعاقدين ولا يلائم العقد ولا جرى به التعامل بين الناس، ومثل هذا الشرط مفسد للبيع لما ذكرنا، ولأنه لا يتمكن من الترك إلاّ بإعارة الشجرة والأرض وهما ملك البائع، فصار بشرط الترك شارطاً الإعارة، فكان شرطه صفقة في صفقة وأنه منهي عنه». ورأينا صاحب «**فتح القدير**» يقول: «وكذلك لو باع عبداً على أن يستخدمه البائع شهراً أو داراً على أن يسكنها، أو على أن يقرضه المشتري دراهم، فهو فاسد، لأنه شرط لا يقتضيه العقد وفيه منفعة لأحد المتعاقدين، وقد ورد في عين بعضها نهي خاص وهو نهيه ﷺ عن بيع وسلف أي قرض. ثم خص شرطي الاستخدام والسكنى بوجه معنوي، فقال ولأنه لو كان الخدمة والسكنى يقابلهما شيء من الثمن. بأن يعتبر المسمى ثمناً بإزاء المبيع وبإزاء أجرة الخدمة والسكنى يكون إجارة في بيع، ولو كان لا يقابلهما يكون إعارة في بيع، وقد نهى رسول الله ﷺ عن صفقتين في صفقة».

٣ ـ العقود التي يكون فيها الشرط الفاسد مفسداً للعقد:

والظاهر من نصوص «**فتح القدير**» التي قدمناها أن الشرط الفاسد لا يفسد العقد إلاّ إذا كان مبادلة مال بمال، كالبيع والإجارة والقسمة والصلح عن دعوى المال. وقد ورد في المادة ٣٢٣ من «**مرشد الحيران**»: «كل ما كان مبادلة مال بمال، كالبيع والشراء والإيجار والاستئجار والمزارعة والمساقاة والقسمة والصلح عن مال، لا يصح اقترانه بالشرط الفاسد ولا تعليقه به، بل تفسد إذا اقترنت أو علقت به.. ومثل ذلك إجازة هذه العقود فإنها تفسد باقترانها بالشرط الفاسد وبتعليقها به».

أما ما كان مبادلة مال بغير مال كالنكاح والخلع على مال، أو كان من التبرعات كالهبة والقرض، أو من التقييدات كعزل الوكيل والحجر على الصبي من التجارة، أو من الإسقاطات المحضة كالطلاق والعتاق وتسليم الشفعة بعد وجوبها، أو من الإطلاقات كالإذن للصبي بالتجارة، وكذلك الإقالة والرهن والكفالة والحوالة والوكالة والإيصاء والوصية، ففي هذه التصرفات كلها إذا اقترن العقد بالشرط الفاسد، صح العقد ولغا الشرط (انظر المواد ٣٢٤ ـ ٣٢٦ من «**مرشد الحيران**»).

ويتضح مما تقدم أن الشرط الفاسد إذا اقترن بعقد هو مبادلة مال بمال تغلغل في صلبه فأفسده معه. والسبب في ذلك أن الشرط لما كان فاسداً فقد سقط، ولما كان العاقد قد رضي بمبادلة ماله بمال المتعاقد الآخر على هذا الشرط، وقد فات عليه، فيكون غير راض بالمبادلة، فيفسد العقد. وفي هذا يقول صاحب المبسوط: «لأن الشرط باطل في نفسه، والمنتفع به غير راض بدونه». وهذا السبب لا يقوم في التصرفات الأخرى[1] ومن ثم يسقط الشرط لأنه فاسد، ولكن يبقى العقد على صحته[2].

ب ـ شرط فاسد يسقط ويبقى العقد

النصوص:

جاء في «**المبسوط**» (١٣/ ١٥): «... وإن لم يكن فيه منفعة لأحد فالشرط باطل والعقد صحيح، نحو ما إذا اشترى دابة أو ثوباً بشرط ألا يبيع، لأنه لا مطالب بهذا الشرط فإنه لا منفعة فيه لأحد، وكان لغواً والبيع صحيح. إلاّ في رواية عن أبي يوسف قال يبطل به البيع، نص عليه في آخر المزارعة، لأن في هذا الشرط ضرراً على المشتري من حيث إنه يتعذر عليه التصرف في ملكه، والشرط الذي فيه ضرر كالشرط الذي فيه منفعة لأحد المتعاقدين، ولكنا نقول لا معتبر بعين

(١) لا يقوم هذا السبب في التبرعات والتقييدات والإسقاطات والإطلاقات والتوثيقات والوكالة والإقالة. أما الإيصاء والوصية فلأنها تصرفات بعد الموت فيحترز من إسقاطها، وأما النكاح والخلع على مال فلأنها تصرفات خطيرة يحسن استبقاؤها ما أمكن ذلك.

(٢) وهذا شبيه بما هو مقرر في الفقه الغربي من أن الشرط الباطل يسقط المعاوضات وأما في التبرعات فيسقط هو ويبقى التبرع.

الشرط، بل بالمطالبة به والمطالبة تتوجه بالمنفعة في الشرط دون الضرر».

وجاء في «**البدائع**» (٥/ ١٧٠): «إذا باع ثوباً على ألا يبيعه المشتري أو لا يهبه، أو دابة على ألا يبيعها أو يهبها، أو طعاماً على ألا يأكله ولا يبيعه، ذكر في المزارعة ما يدل على جواز البيع، فإنه قال لو شرط أحد المزارعين في الزراعة على ألا يبيع الآخر نصيبه ولا يهبه فالمزارعة جائزة والشرط باطل. وهكذا روى الحسن في المجرد عن أبي حنيفة رحمه الله. وفي الإملاء عن أبي يوسف أن البيع بهذا الشرط فاسد. ووجهه أنه شرط لا يقتضيه العقد ولا يلائمه ولا جرى به التعارف بين الناس، فيكون مفسداً كما في سائر الشرائط المفسدة. والصحيح ما ذكر في المزارعة، لأن هذا شرط لا منفعة فيه لأحد فلا يوجبه الفساد، وهذا لأن فساد البيع في مثل هذه الشروط لتضمنها الربا وذلك بزيادة منفعة مشروطة في العقد لا يقابلها عوض. ولم يوجد في هذا الشرط لأنه لا منفعة فيه لأحد، إلاّ أنه شرط فاسد في نفسه لكنه لا يؤثر في العقد، فالعقد جائز والشرط باطل. ولو باع ثوباً على أن يحرقه المشتري، أو داراً على أن يخربها، فالبيع جائز والشرط باطل، لأن شرط المضرة لا يؤثر في البيع على ما ذكرنا».

وجاء في «**فتح القدير**» (٥/ ٢١٥ ـ ٢١٦): «أما لو كان المبيع ثوباً أو حيواناً غير آدمي، فقد خرج الجواز مما ذكرنا في المزارعة من أن أحد المزارعين إذا شرط في المزارعة ألا يبيع الآخر نصيبه أو يهبه أن المزارعة جائزة والشرط باطل لأنه ليس لأحد العاملين فيه منفعة. وكذا ذكر الحسن في المجرد قال المصنف وهو الظاهر من المذهب. لأنه إذا لم يكن من أهل الاستحقاق انعدمت المطالبة والمنازعة، فلا يؤدي إلى الربا، وما أبطل الشرط الذي فيه المنفعة للبيع إلاّ لأنه يؤدي إليه، لأنه زيادة عارية عن العوض في عقد البيع وهو معنى الربا».

شرط لا منفعة فيه لأحد وهو شرط فاسد فيسقط:

يتبين مما قدمناه من النصوص أن هناك شرطاً لا يقتضيه العقد ولا هو يلائم مقتضى العقد ولم يجربه التعامل، وهو مع ذلك لا منفعة فيه لأحد. ومن الأمثلة عل هذا الشرط التي وردت في النصوص: يبيع ثوباً أو دابة أو حيواناً غير الرقيق ويشترط على المشتري ألا يبيع أو ألا يهب ما اشتراه ـ يشترط أحد المزارعين على المزارع الآخر ألا يبيع أو ألا يهب نصيبه من المزارعة ـ يبيع طعاماً واشترط على المشتري ألا يأكله ولا يبيعه ـ يبيع ثوباً ويشترط على المشتري أن يحرقه ـ يبيع داراً ويشترط على المشتري أن يخربها.

ففي هذه الأمثلة يذهب الفقه الحنفي إلى أن الشرط المقترن بعقد البيع لا منفعة فيه لأحد[1]

---

(١) نقول يذهب الفقه الحنفي إلى أن الشرط لا منفعة فيه لأحد لأننا نرى، خلافاً لما يذهب إليه الفقه الحنفي، أن هذه المنفعة قد تتحقق في بعض الأحوال. فقد يشترط البائع على المشتري ألا يبيع أو يهب الشيء الذي اشتراه لمصلحة راعاها للمشتري في ذلك، كأن يخشى منه السرف ويخاف أن يسرع إلى إضاعة ما اشتراه، فشرط عليه ما فيه مصلحة له، فيكون في الشرط منفعة للمشتري، وقد يشترط أحد المزارعين على الآخر ألا يبيع أو ألا يهب نصيبه، لأنه لا يريد أجنبياً يشاركه فيما تنتجه المزارعة، والمزارعة كما هو معروف تقوم في الغالب على اعتبارات شخصية فيما بين المزارعين العادة أن العاقد لا يشترط شرطاً إلاّ إذا كان له غرض

ولما كان هذا الشرط لا يقتضيه العقد، ولا هو يلائم مقتضى العقد، لم يجربه التعامل، فليس ثمة ما يبرر تصحيحه، ومن ثم كان فاسداً فيسقط.

ولكن العقد يبقى صحيحاً:

على أن هذا الشرط الفاسد الذي لا منفعة فيه لأحد، لما لم يكن له مطالب لانعدام منفعته والمطالبة إنما تتوجه بالمنفعة، فهو شرط لم يتمكن في صلب العقد حتى يسرى فساده إلى العقد، ومن ثم يبقى العقد صحيحاً بالرغم من سقوط الشرط. فالشرط من حيث إنه فاسد يسقط، ومن حيث إنه لا منفعة فيه لأحد يستبقى العقد صحيحاً. وهذا هو الظاهر في المذهب الحنفي[١].

ويذكر المذهب لهذا الحكم علتين:

العلة الأولى: أن الشرط الذي يفسد العقد إنما أفسده لأن فيه زيادة منفعة مشروطة في العقد لا يقابلها عوض، إذ هو شرط فيه منفعة على النحو الذي بيناه، فكان في ذلك ربا أو شبهة الربا، والربا وشبهته يفسدان العقود. أما الشرط الذي نحن بصدده فليس فيه منفعة لأحد ولا مطالب له، فلم يوجد فيه معنى الزيادة التي لا يقابلها عوض، فانعدمت فيه شبهة الربا، فلم يعد هناك مبرر لفساد العقد، فيبقى العقد صحيحاً، مع سقوط الشرط لفساده.

العلة الثانية: أن الشرط الذي يفسد العقد إنما أفسده، من جهة أخرى، لأن فيه منفعة لها مطالب، فكان صفقة في صفقة أو عقداً تضمنه عقد آخر، وهذا لا يجوز. أما الشرط الذي لا منفعة فيه لأحد وليس له مطالب، فهو ليس بصفقة أو عقد، فلم يتضمن البيع باقترانه به صفقة في صفقة أو عقداً في عقد، فارتفع سبب الفساد عن البيع، فبقي على صحته، مع سقوط الشرط لفساده.

ومما هو جدير بالذكر أن الشرط الفاسد الذي لا منفعة فيه لأحد، وإن سقط هو، لا يفسد أي عقد اقترن به، ولو كان هذا العقد مبادلة مال بمال، للعلتين المتقدمتين. أما الشرط الفاسد الذي فيه منفعة فقد رأينا أنه يفسد العقود التي هي مبادلة مال بمال، ولكنه لا يفسد التصرفات الأخرى بل يلغو الشرط ويبقى التصرف.

ونرى من ذلك أن الشرط الفاسد، سواء كانت فيه منفعة لأحد أو انعدمت فيه المنفعة لا يفسد التصرفات التي يقترن بها إذا كانت هذه التصرفات ليست مبادلة مال بمال. فإن كانت

معقول يسعى إلى تحقيقه من نحو ما قدمناه، ولا يتصور أن يشترط شرطاً لا منفعة فيه لأحد إلاّ في فروض غير مألوفة، كأن يبيع الثوب ويشترط على المشتري أن يحرقه، أو يبيع الدار ويشترط على المشتري أن يخربها.

(١) ويذهب أبو يوسف، في رواية عنه كما رأينا في النصوص، أن اشتراط المزارع على المزارع الآخر ألا يبيع أو يهب نصيبه يفسد المزارعة. ولعله نظر في ذلك إلى أن الشرط فيه منفعة لصاحبه على النحو الذي بيناه، فيكون الشرط مما لا يقتضيه العقد ولا يلائم مقتضى العقد ولا جرى به التعامل، وهو مع ذلك فيه منفعة، ومن ثم يكون مفسداً للعقد كما في سائر الشرائط المفسدة.

التصرفات مبادلة مال بمال، فإنها تفسد باقترانها بشرط فيه منفعة، ولا تفسد باقترانها بشرط ليست فيه منفعة، وفي جميع الأحوال سواء فسد العقد أو لم يفسد، يسقط الشرط الفاسد ذاته، سواء تضمن منفعة أو لم يتضمن.

ثانياً: تأصيل المذهب الحنفي وتطور الفقه الإسلامي

أ ـ سبب فساد العقد في المذهب الحنفي

١ ـ السبب الحقيقي في فساد العقد إذا اقترن بالشرط:

علتان تنتهيان إلى علة واحدة ـ تعدد الصفقة:

رأينا أن الفقه الحنفي يعلل كيف يفسد الشرط الفاسد العقد بعلتين: علة الربا وعلة تعدد الصفقة. وتكاد العلتان تتعادلان في كتب الفقهاء، بل لعل علة الربا هي التي ترجح كفتها.

ولكن المتأمل فيما يورد الفقهاء عادة من أمثلة للشروط الفاسدة يرى أن فكرة الربا إنما اتخذت تكئة لتعزيز فكرة تعدد الصفقة، وأن فكرة تعدد الصفقة هي التي يجب أن نقف عندها. ولكن لما كانت هذه الفكرة إنما تمت إلى محض الصناعة الفقهية، فإن تعليل فساد العقد بها يكاد يكون خفياً، وهو على كل حال لا يبلغ من الوضوح ما يبلغه التعليل بفكرة الربا، فإن الربا في الفقه الإسلامي لا يكاد يلقي ظله على شيء إلاّ ويفسده، ومن ثم كان الأيسر على الفقهاء أن يلجؤوا في تعليل فسادالعقد إلى فكرة الربا.

والواقع من الأمر أن فكرة تعدد الصفقة هي الفكرة التي تسيطر على فساد العقد المقترن بالشرط، بل إن فكرة الربا نفسها ـ لو سلمنا بها جدلاً ـ ترد في النهاية إلى فكرة تعدد الصفقة. ذلك أن كل مثل تورده الفقهاء للشرط الفاسد الذي يفسد العقد يتضمن حتماً صفقتين في صفقة واحدة، ولا يتحتم أن يتضمن فكرة الربا. فالشرط الفاسد هو في ذاته صفقة تضمنها عقد البيع، وقد يكون إجارة أو إعارة أو بيعاً آخر أو هبة أو صدقة أو زواجاً أو غير ذلك، فإذا ما اقترن البيع بهذا الشرط أصبح صفقتين في صفقة واحدة.

والشرط الفاسد قد لا يكون له مقابل من الثمن أو يكون له هذا المقابل.

فإن لم يكن له مقابل من الثمن، فهنا تأتي فكرة الربا. إذ يقول الفقهاء إن الشرط يكون زيادة منفعة مشروطة في العقد لا يقابلها عوض، فيفسد العقد للربا. ولكن إذا صح أن تقوم فكرة الربا هنا، فإنه مع ذلك يمكن الاستغناء عنها بفكرة تعدد الصفقة، ويمكن القول بأن العقد الذي تضمن هذه الزيادة المشروطة في المنفعة دون عوض إنما تضمن صفقة أخرى، فأصبح صفقتين في صفقة.

أما إذا كان الشرط له مقابل من الثمن، فإن فكرة الربا لا تقوم. إذ تصبح زيادة المنفعة المشروطة في العقد يقابلها عوض، فلا يمكن تعليل فساد العقد عندئذٍ إلاّ بفكرة تعدد الصفقة.

ومن هنا نتبين أن فكرة الربا لا تصلح لتعليل جميع الأحوال التي يفسد الشرط الفاسد فيها

العقد، فقد رأيناها لا تصلح إلاّ لتعليل بعض هذه الأحوال، وحتى في هذا البعض يمكن الاستغناء عنها بفكرة تعدد الصفقة. أما فكرة تعدد الصفقة فتصلح تعليلاً لفساد العقد المقترن بالشرط الفاسد في جميع الأحوال دون استثناء.

على أن هناك ما هو أبعد مدى من ذلك، فإن التعليل بالربا، حتى في بعض الأحوال دون بعض، قد لا يستقيم. فالربا لا يكون إلاّ في الأموال الربوية، وهي المكيلات والموزونات عند الحنفية، فإذا كان البيع الذي اقترن بشرط فاسد لم يقع على مال ربوي، لم تقم علة الربا بشطريها وهما القدر والجنس فلا يصح تعليل فساد العقد في هذه الحالة بفكرة الربا.

ففكرة تعدد الصفقة تجبّ إذن فكرة الربا. وهي وحدها، في رأينا، التي ضيقت المذهب الحنفي، وجعلت العقد يفسد إذا اقترن بالشرط. ففي هذا المذهب لا يجوز أن يتضمن العقد الواحد أكثر من صفقة واحدة، فإذا أضيف إلى هذه الصفقة صفقة أخرى، ولو في صورة شرط، فإن العقد يضيق بالصفقتين ويفسد، فتسقط الصفقتان معاً.

السبب في تحريم تعدد الصفقة ـ وحدة العقد:

ويبقى بعد ذلك أن نسأل: ولماذا لا يجوز تعدد الصفقة في العقد الواحد؟ هنا نجد نصوص المذهب الحنفي تتذرع بأحاديث كثيرة عن النبي عليه السلام، فقد نهى النبي ﷺ عن صفقتين في صفقة، وعن بيعتين في بيعة، وعن بيع وشرط، وعن بيع وسلف.

على أنه فضلاً عن أن بعض هذه الأحاديث موقوفة، كالنهي عن صفقتين في صفقة وقد أمكن على كل حال تأويله على وجه آخر[١]، وكالنهي عن بيع وشرط، فإن هناك أحاديث أخرى صحت عن النبي عليه السلام تجيز اقتران الشرط بالعقد.

ونطالع هنا صفحة من المبسوط، ترددت في كتب كثيرة[٢]. نرى فيها كيف تعددت

---

(١) جاء في **«فتح القدير»** (٥/٢١٨) في هذا الصدد ما يأتي: «وقد نهى رسول الله ﷺ عن صفقتين في صفقة... رواه أحمد عن أسود بن عامر عن شريك عن سماك عن عبد الرحمن ابن عبد الله بن مسعود عن أبيه قال: نهى رسول الله ﷺ عن صفقتين في صفقة. أما ثبوته فقد رواه البزاز في سنده عن أسود بن عامر وأعل بعض طرقه، ورجح وقفه، وبالوقف رواه أبو نعيم أبو عبيد القاسم بن سلام. وأما معناه ففسره المصنف بما سمعت. وفسره أبو عبيد القاسم بن سلام بأن يقول الرجل للرجل أبيعك هذا نقداً بكذا ونسيئة بكذا، ويفترقان عليه، انتهى، ورواية ابن حبان للحديث موقوفاً الصفقة في الصفقتين ربا تؤيد تفسير المصنف، مع أنه أقرب تبادراً من تفسير أبي عبيد وأكثر فائدة فإن كون الثمن على تقدير النقد ألفاً وعلى تقدير النسيئة ألفين ليس في معنى الربا. بخلاف اشتراط نحو السكنى والخدمة. واعلم أنه روي عن رسول الله ﷺ أنه نهى عن بيعتين في بيعة، ويظهر من كلام بعض من يتكلم في الحديث ظن أنه معنى الأول، وليس كذلك بل هذا أخص منه، فإنه في خصوص من الصفقات وهو البيع، وفسره الشافعي بأن يقول أبيعك داري هذه بكذا على أن تبيعني غلامك بكذا فإذا وجب لي غلامك وجبت لك داري. وهذا حديث صحيح رواه الترمذي والنسائي وقال الترمذي حسن صحيح، ورواه مالك بلاغاً».

(٢) انظر على سبيل المثال: **«فتح القدير»** (٥/ ٢١٤) ـ **«المواق على الحطاب»** (٤/ ٢٧٢) ـ **«المحلى»** لابن حزم (٨/ ٤١٥ ـ ٤١٦).

الأحاديث في هذه المسألة. بعضها يجيز الشرط فيجيز معه العقد، وبعضها يسقط الشرط ويجيز العقد، وبعضها يسقط الشرط والعقد معاً:

قال السرخسي في «**المبسوط**» (١٣/ ١٤): «حكي عن عبد الوارث بن سعيد قال: حججت فدخلت بمكة على أبي حنيفة وسألت عن البيع بالشرط. فقال باطل. فخرجت من عنده ودخلت على ابن أبي ليل وسألته عن ذلك، فقال البيع جائز والشرط باطل. فدخلت على ابن شبرمة وسألته عن ذلك فقال البيع جائز والشرط جائز. فقلت هؤلاء من فقهاء الكوفة، وقد اختلفوا عليّ في هذه المسألة كل الاختلاف، فعجزني أن أسأل كل واحد منهم عن حجته. فدخلت على أبي حنيفة فأعدت السؤال عليه، فأعاد جوابه، فقلت إن صاحبيك يخالفانك، فقال لا أدري ما قالا، حدثني عمر وبن شعيب عن أبيه عن جده رضي الله تعالى عنهم أن النبي ﷺ نهى عن بيع وشرط. فدخلت على ابن أبي ليلى فقلت له مثل ذلك، فقال لا أدري ما قالا، حدثني هشام بن عروة عن أبيه عن عائشة رضي الله تعالى عنها أنها لما أرادت أن تشتري بريرة رضي الله عنها أبى مواليها إلاّ بشرط أن يكون الولاء لهم، فذكرت ذلك لرسول الله ﷺ، فقال صلوات الله عليه وسلامه (اشتري واشترطي لهم الولاء فإن الولاء لمن أعتق)، ثم خطب رسول الله ﷺ فقال: «ما بال أقوام يشترطون شروطاً ليست في كتاب الله، كل شرط ليس في كتاب الله فهو باطل، كتاب الله أحق، وشرط الله أوثق، والولاء لمن أعتق). فدخلت على ابن شبرمة وقلت له مثل ذلك، فقال لا أدري ما قالا، حدثني محارب بن دثار عن أبي الزبير عن جابر بن عبد الله الأنصاري رضي الله عنهم أن النبي ﷺ اشترى منه ناقة في بعض الغزوات وشرط له ظهرها إلى المدينة».

فالأحاديث كما نرى مختلفة متضاربة، ولا بد، من التوفيق بينها. وكان من الممكن أن يكون هذا التوفيق لمصلحة اقتران الشرط بالعقد، لا سيما أن أدلة المانعين الكثير منها متكلف[1]. فما الذي جعل المذهب الحنفي يؤثر النهي عن الشرط، ويجعله هو المسيطر في هذه المسألة، ويدع الأحاديث الأخرى؟.

الواقع من الأمر أن فكرة النهي عن تعدد الصفقة ـ فضلاً عن أنها وردت في أحاديث عن النبي عليه السلام ـ هي الفكرة الطبيعية التي تتفق مع تطور القانون. فهي الفكرة الأولى التي يقف عندها نظام قانوني ناشيء، في توخيه الدقة في التعاقد يتحرى البساط في العقد، وتكون وحدة العقد مبدأ جوهريّاً من مبادئه، ومن ثم لا يجوز أن يتضمن العقد أكثر من صفقة واحدة وإلاّ أخل ذلك بوحدته، بل لعل الفقه الإسلامي استغنى بهذه الفكرة وأمثالها ـ كفكرة اللفظية وفكرة مجلس العقد ـ عن الشكلية في العقود، تلك الشكلية التي بدأت في القانون الروماني رسوماً وأوضاعاً ساذجة، وجاءت في الفقه الإسلامي ضرباً من الشكلية أكثر تهذيباً.

ولعل فكرة وحدة الصفقة في العقد الواحد لم يخلص منها أي نظام قانوني مهذب في مراحله

---

(١) ويكفي للاستيثاق مما نقول الرجوع إلى هذه الأدلة كما بسطها ابن حزم في «**المحلى**» (٨/ ٤١٣ وما بعدها) وفي «**الأحكام**» (٥/ ١٤ وما بعدها) انظر أيضاً رسالة الأستاذ زكي الدين شعبان غير مطبوعة (٥٢ ـ ٥٥).

الأولى من التطور. فإنها الفكرة التي تلائم العقل القانوني عندما يبدأ في تشييد صرح من النظم القانونية، فهو يتحرى لها الثبات والاستقرار عن طريق وحدة العقد، إذ أن حاجة القانون إلى الثبات والاستقرار تسبق في تاريخ تطوره حاجته إلى المرونة والتجدد.

وها هو أهرنج (Ihering)، أكبر فقهاء الألمان في القرن التاسع عشر، يحدثنا عن هذه الفكرة في القانون الروماني نفسه وهو يتطور في مراحله الأولى، ثم يحدثنا كيف تركها هذا القانون بعد أن استكمل تطوره. ولو كان الفقه الإسلامي نقل عن القانون الروماني، كما يزعم بعض المستشرقين، لما رأينا لفكرة تعدد الصفقة فيه أثراً، بل لرأيناه قد أغفلها القانون الروماني عندما وصل إلى المرحلة التي قيل إن الفقه الإسلامي نقل عنه فيها. ولكن على النقيض من ذلك نرى الفقه الإسلامي، لا سيما المذهب الحنفي، متأثراً بهذه الفكرة كل التأثر، مما يقطع في أنه تطور تطوراً مستقلاً بعيداً عن القانون الروماني، واجتاز مثله مراحل التطور نفسها دون أن يتأثر به.

٢ ـ نظرية أهرنج في وحدة الدعوى ووحدة العقد:

رأي أهرنج في فكرة وحدة الصفقة في تطور الفكر القانوني:

وننتقل الآن إلى ما يقرره أهرنج في فكرة وحدة الصفقة في تطور الفكر القانوني، متخذاً تطور القانون الروماني مثلاً له في ذلك. يقول أهرنج في كتابه المعروف، **«روح القانون الروماني»** (L'Esprit du droit romain) (٤/ ١٠ ـ ٢٣٤) ما نلخصه فيما يأتي:

إن الصناعة القانونية المهذبة في نظام قانوني محكم تقتضي في مراحلها الأولى تبسيط الفكرة القانونية عن طريق التقسيم والتحليل، وذلك بغية الوصول إلى العناصر الأولى التي تتكون منها أدوات الصناعة القانونية. ومن أهم أدوات هذه الصناعة التصرف القانوني (العقد) وهو الذي ينشىء الحق، والدعوى التي هي جزاء الحق.

وتتوخى الصناعة القانونية، في الشوط الأول، التبسيط في هذه الأدوات. وأول مبادىء هذا التبسيط هي الوحدة: الوحدة في الدعوى والوحدة في التصرف القانوني. ذلك أن أول ضرورات الصناعة القانونية هو الاستقرار وثبات التعامل. ثم إن حاجات الحياة تقتضي التجديد والتطور، فيجب التوفيق ما بين الاستقرار والثبات من جهة والتجديد والتطور من جهة أخرى. ومبدأ الوحدة يهيىء الفرصة لهذا التوفيق، فالوحدة ترسي دعائم الاستقرار والثبات، ثم هي تصلح أساساً صلباً يقوم عليه بناء شامخ من التجديد والتطور.

ولننظر الآن كيف تكون الوحدة في الدعوى وكيف تكون الوحدة في العقد.

الوحدة في الدعوى ـ وحدة الطلب:

والدعوى في الصناعة القانونية القديمة هي الحق ذاته متحركاً أمام القضاء. وكان طريق الرومان إلى تكوين قانونهم العتيد هو طريق الدعوى، ولا يكادون في صناعتهم القانونية القديمة يعرفون الحق إلا عن طريق الدعوى. وفي تاريخ التطور القانوني تسبق قوانين الإجراءات القوانين الموضوعية، وتتقدم الدعوى الحق. ثم يتطور القانون، فيبرز الحق في المكان الأول، وتتبعه

قوانين الإجراءات متأخرة عنه في المكان الثاني.

وتبدأ الدعوى، ويبدأ العقد، تسودهما البساطة التامة، بساطة تقوم على التقسيم والتحليل، وتوقي الخلط والمزج، فلا يجتمع في أي منهما شيئان من نوعين مختلفين، بل ولا شيئان من نوع واحد، فالوحدة التي تقوم على التمييز بين العناصر الأولية، والوقوف عند كل عنصر منهما منفرداً، هي الأساس الذي شيدت عليه الصناعة القانونية القديمة صرحها الشامخ: وحدة في الدعوى فلا تتضمن إلاّ طلباً واحداً، ووحدة في العقد فلا يتضمن إلاّ صفقة واحدة.

ولما كان أهرنج يدرس الصناعة القانونية القديمة في القانون الروماني، فقد كان بحثه يتناول الدعاوى في القانون الروماني ذاته، وهي دراسة قيمة تفيد الباحثين في تطور الصناعة القانونية بوجه عام، سواء كانت في القانون الروماني أو في الفقه الإسلامي أو في غيرهما من النظم القانونية الأصلية. وننظر الآن ماذا يقول أهرنج عن الصناعة القانونية القديمة في دعاوى القانون الروماني.

أول مبدأ يسود هذه الدعاوى القديمة هو أن الدعوى الواحدة لا يجوز أن تتضمن إلاّ طلباً واحداً. فإذا تضمنت الرابطة القانونية عدة طلبات، وجب فصل كل طلب عن الطلبات الأخرى، ورفع دعوى مستقلة بكل طلب على حدة، بحيث لا تشمل الدعوى الواحدة غير طلب واحد، وفي هذا الطلب الواحد، العبرة في حالة الشيء المتنازع فيه بوقت انعقاد الخصومة (Litis --- Contestation) ففي هذا الوقت تتركز الدعوى، ومهما طرأ على الشيء المتنازع فيه من تغيرات أثناء نظر الدعوى، زاد أو نقص أو زال أو دخلت فيه تعديلات بسيطة أو جسيمة، فالعبرة بحالته وقت انعقاد الخصومة، أما ما طرأ عليه بعد ذلك فلا يلتفت له، بل يكون موضوعاً لدعاوى أخرى جديدة.

قلنا إن الدعوى الواحدة لا يجوز أن تشتمل إلاّ على طلب واحد، وإنه إذا تضمنت الرابطة القانونية طلبات عدة وجب فصل كل طلب عن الطلبات الأخرى ورفع دعوى مستقلة به. فإذا عير شخص مثلاً اتجاه المسيل الذي لجاره على أرضه إضراراً بهذا الجار، كان على الجار أن يرفع دعاوى أربعاً كل دعوى مستقلة عن الدعاوى الأخرى:

١ ـ دعوى إرجاع الشيء إلى أصله، أي بإزالة الانحراف الذي استحدث في اتحاه المسيل.

٢ ـ ودعوى للمطالبة بتعويض عما حدث من ضرر بسبب هذا العمل.

٣ ـ ودعوى بتقديم كفيل لما قد يستحدثه المدعي عليه من انحراف في اتجاه المسيل بعد صدور الحكم.

٤ ـ ودعوى عما قد يستحدثه المدعي عليه من انحراف في اتجاه المسيل في أثناء نظر الدعوى الأولى. وإذا أراد شخص أن يسترد أشياء عدة، وجب عليه أن يرفع دعوى استحقاق مستقلة لكل من هذه الأشياء. وكذلك إذا أراد المقرض استرداد القرض وفوائده، وجب أن يرفع دعويين على المقترض:

١ ـ دعوى باسترداد القرض ومصدرها عقد القرض العيني.

٢ ـ ودعوى للمطالبة بالفوائد ومصدرها عقد آخر (stipulation) اتفق فيه على الفوائد، مستقل عن عقد القرض.

بقي أن نعرف ما هو المعيار لوحدة الطلب التي تقوم عليها وحدة الدعوى؟ يكون الطلب واحداً متى كان سببه القانوني، أي المصدر الذي أنشأه، سبباً واحداً، ولو تعددت الأشياء التي يتضمنها الطلب. فإذا كان سبب الملك واحداً، ولو تعددت الأشياء المطالب بها، اعتبرت المطالبة بهذه الأشياء جميعاً طلباً واحداً، كما إذا طالب المشتري بأرض ومواش وآلات زراعية بيعت له جميعاً بعقد بيع واحد في صفقة واحدة، وكما إذا طالب الوارث بنصيبه في الميراث في تركة واحدة وكانت تتضمن نقوداً ومنقولات وعقارات مختلفة. وإذا كان مصدر الالتزام واحداً، فإن الطلب يكون واحداً، ولو تعددت الأشياء المطالب بها، كما إذا طالب المقرض المقترض برد مقادير من أصناف مختلفة أقرضه إياها بعقد قرض واحد، وكما إذا طالب المؤجر المستأجر برد أشياء متنوعة أجرها إياه بعقد إيجار واحد، أما إذا تعدد سبب الملك، أو متعدد مصدر الالتزام، فلا بد من تعدد الدعوى.

الوحدة في الدعوى ـ وحدة الدفع:

وكما أن الدعوى لا يجوز أن تشتمل إلاّ على طلب واحد، كذلك لا يجوز للمدعي عليه أن يجيب عن الدعوى إلاّ بنعم أو لا. فالدعوى لا يجوز دفعها إلاّ بدفع واحد هو محض الإنكار، ولا يجوز للمدعي عليه أن يدفع الدعوى بطلب جديد مستقل عن طلب المدعي، كأن يدفع بأن له على المدعي ديناً مقابلاً للدين المدعي به، فإن هذا الطلب المستقل الذي يدفع به الدعوى يجب أن يكون موضوعاً لدعوى أخرى مستقلة عن الدعوى الأولى.

وقد تقوم صعوبة في مثل هذا النظام فيما إذا غالى المدعي في طلبه، فادعى مثلاً بمائتين وليس له إلاّ مائة، فإن المدعى عليه في هذه الحالة لا يستطيع أن ينكر المديونية إنكاراً مطلقاً فإن عليه مائة، ولا يستطيع الإقرار بها إقراراً مطلقاً فليس عليه مائتان. لذلك جعل عقاب من يطلب المائتين وليس له إلاّ مائة أن ترفض دعواه كلها، وأجيز للمدعي عليه في هذه الحالة أن يدفع الدعوى بالإنكار، وما دام المدعي لا يستطيع أن يثبت أن له مائتين كان المدعي عليه محقّاً في الإنكار ولو ثبت أن في ذمته مائة. ومن ثم كان المدعي يجبر على أن يتقدم بدعواه بحيث يكون الحق الذي يدعيه هو حق ثابت له في ذمة المدعى عليه وقت رفع الدعوى، وذلك حتى يتيسر للمدعى عليه أن يجيب على الدعوى بنعم أو لا.

على أن المدعي قد يستشعر حرجاً إذا لم يكن عارفاً وقت رفع الدعوى بمبلغ حقه على وجه الدقة، كما إذا كان يطالب بتعويض عن عمل غير مشروع فإذا جاوز في مطالبته مقدار الحق عن حسن نية، تعرض لإنكار المدعى عليه وخسارة الدعوى، من أجل ذلك أجيز للمدعي في مثل هذه الحالة ألا يحدد مبلغاً معيناً، وأن يقتصر على أن يطلب تحديد المبلغ بواسطة القاضي.

وقد ترتب على وجوب وحدة الدفع، في الدعاوى التي قد يستعصى الدفع فيها على هذه الوحدة، أن اخترعت وسائل تجعل هذه الوحدة ممكنة، فيستطيع المدعى عليه أن يجيب عن

الدعوى بنعم أو لا.

من ذلك مثلاً إذا رفعت الزوجة، بعد انحلال الزواج، دعوى باسترداد مهرها، وكان الزوج قد أنفق مصروفات على المهر من حقه أن يستردها، فإن الزوجة تجبر في هذه الحالة على أن تخصم هذه المصروفات من المهر، فتكون الدعوى مقصورة على الباقي بعد خصم المصروفات، وهنا يتيسر للمدعى عليه أن يجيب على الدعوى بالإقرار أو بالإنكار. كذلك الحال إذا رفع الموصى له دعواه بوصية تزيد على النصاب القانوني، فيجب عليه أن ينقصها إلى حد هذا النصاب، ولا يطالب إلاّ بهذا القدر. وهذا هو أيضاً الحكم في مطالبة الابن أو العبد رب الأسرة بحوزته (péucle)، إذ يجب عليه أن يخصم ما لرب الأسرة من حق على الحوزة ولا يطالب إلاّ بالباقي.

ثم انتهى الأمر في تطور الإجراءات إلى أن القاضي، في بعض الحالات، كان يتدخل في الدعوى، فيتحكم في توجيهها لتكييفها تكييفاً يسمح للمدعى عليه أن يجيب عليه بمطلق الإقرار أو الإنكار. ونذكر من هذه الحالات اثنتين:

١ ـ إذا ادعى المدعى عليه حقّاً في ذمة المدعي يقابل الحق الذي يدعيه هذا، فإن القاضي يناقش هذا الحق حتى يتثبت من وجوده، فإذا كانت الدعوى بمائة، وتثبت القاضي من أن للمدعى عليه في ذمة المدعي عشرين، فإن المدعى عليه، بعد تثبت القاضي من ذلك، يجبر على أن يحور دعواه فلا يرفعها إلاّ بثمانين، حتى لا يكون هناك طلبان أمام القضاء أحدهما بمائة يطلبها المدعي والآخر بعشرين يطلبها المدعي عليه، بل لا يكون هناك إلاّ طلب واحد هو الثمانون التي اقتصر عليها المدعي.

٢ ـ قد يختار المدعي صورة للدعوى التي يرفعها، فيحورها القاضي إلى صورة أخرى تتلاءم مع موقف المدعي عليه من الدعوى. مثل ذلك أن يرفع المدعى دعوى يطالب فيها بملكيته عن طريق الميراث لأشياء في يد الحائز. فينظر القاضي إلى موقف الحائز، هل يدفع الدعوى بأنه هو الوارث دون المدعي، فعند ذلك يجعل المدعى يرفع دعواه في صورة دعوى ميراث حتى يستطيع المدعى عليه أن يجيب عليها بمطلق الإنكار. أو أن الحائز لا يدفع الدعوى بأنه هو الوارث ولكن يدفعها بأنه هو المالك لهذه الأشياء منذ البداية، فلكي يتيسر للمدعى عليه أن يدفع الدعوى بمطلق الإنكار يجعل القاضي المدعى يرفع دعواه لا في صورة دعوى ميراث بل في صورة دعوى استحقاق.

الوحدة في العقد ـ وحدة الموضوع:

الوحدة في العقد كانت تضاهي الوحدة في الدعوى، والعقد كالدعوى كانت تسوده البساطة التامة، فكان لا يشتمل إلاّ على صفقة واحدة، ولا ينشىء إلاّ حقّاً واحداً، وبقدر تعدد الصفقات والحقوق كان من الواجب أن تتعدد العقود، كان لا يجوز أن يجتمع حقان من طبيعة مختلفة، حق عيني وحق شخصي، في عقد واحد، بل كان لا يجوز أن يجتمع حقان من طبيعة واحدة في عقد واحد، سواء كانا حقين عينيين أو حقين شخصيين.

كان لا يجوز أن يجتمع حق عيني وحق شخصي في عقد واحد. ويتجلى أثر ذلك في الرهن، فقد بدأت فكرة الرهن تدخل النظام القانوني على الوجه الآتي: كان الراهن ينقل ملكية العين المرهونة إلى الدائن المرتهن، ثم يفرض عليه التزاماً أن يعيد إليه هذه الملكية عند وفاء الدين المضمون بالرهن. فكانت عملية الرهن على هذا الوجه تتضمن نقل حق عيني وإنشاء التزام شخصي. ولكن لم يكن يجتمع الأمران معاً في عقد واحد، فينقل الراهن في العقد ملكية العين المرهونة ويشترط في نفس العقد أن تعاد إليه الملكية عند وفاء الدين. بل كانت الملكية تنقل إلى المرتهن في عقد شكلي (mancipation) مستقل، والالتزام بإعادة نقلها إلى الراهن يفرض في عقد شكلي آخر (convention accessoire de la fiducia) متميز عن العقد الأول.

كذلك إذا أراد المولى أن يعتق عبده وأراد في الوقت ذاته أن يخدمه العبد بعد العتق، لم يكن المولى يستطيع في عقد واحد أن يجمع بين العتق واشتراط الخدمة. بل كان عليه أن يعتق العبد بتصرف قانوني قائم بذاته غير مقترن بأي شرط، ثم يشترط عليه الخدمة في عقد آخر متميز عن التصرف الذي تضمن الإعتاق.

وكان أيضاً لا يجوز أن يجتمع حقان عينيان في عقد واحد، كأن يجتمع حق الملكية مع حق الارتفاق. حتى إن المالك كان إذا أراد أن ينقل ملكية العقار إلى شخص آخر على أن ينشىء لمصلحته حق ارتفاق على هذا العقار، لم يكن ينقل ملكية العقار كاملة ثم يشترط في العقد ذاته إنشاء حق الارتفاق، بل كان ينقل حق الملكية منقوصاً منه حق الارتفاق الذي يستبقيه لنفسه. فلم يكن العقد يتضمن صفقتين، إحداهما نقل حق الملكية والأخرى إنشاء حق الارتفاق، بل كان يتضمن صفقة واحدة هي نقل الملكية الناقصة بعد الاحتفاظ بحق الارتفاق، ولم يكن حق الارتفاق ينشأ بالعقد، بل يستبقى على أصل الملك الأول.

وكان أخيراً لا يجوز أن يجتمع حقان شخصيان في عقد واحد، كبيع وإيجار أو بيع وقرض. ذلك أن الصناعة القانونية كانت تقضي بأن يكون لكل عقد صيغة خاصة لا ينعقد إلاّ بها، ولا ينعقد بها غيره من العقود. وكان يراد بذلك تبسيط التعاقد، فلا تجمع صفقات متعددة في عقد واحد حتى لا يتعقد التعامل. ومن ثم كان المتعاقدان لا يستطيعان استعمال صيغة عقد البيع في الوقت الذي يستعملان فيه صيغة عقد الإيجار أو صيغة عقد القرض، وكان لا يمكن تبعاً لذلك أن يجمع المتعاقدان صفقتين في صفقة واحدة[1].

---

(١) وقد استثنيت الوصية من المبدأ القاضي بوحدة التصرف القانوني، فكان من الجائز أن تتضمن الوصية تصرفات متعددة. ذلك أن الوصية هي أداة التصرف لما بعد الموت، فكان من الطبيعي أن تتضمن مجموع التصرفات التي يريد الإنسان نفاذها بعد موته. ولم تكن الوصية في الواقع من الأمر تصرفاً واحداً يقابل تصرفاً فردياً من التصرفات ما بين الأحياء، بل كانت هي مجموع التصرفات التي تنفذ بعد الموت، وهذا المجموع هو الذي يقابل مجموع التصرفات التي تنفذ حال الحياة. فكانت الوصية في القانون الروماني تتضمن في العادة طائفة من التبرعات الوصائية وتعيين الأوصياء وإقامة الورثة وعتق الأرقاء وغير ذلك من التصرفات التي يراد نفاذها بعد الموت، وساعد على إمكان تعدد التصرفات في الوصية الواحدة أن الوصية في القانون

الوحدة في العقد ـ وحدة الزمان والمكان:

ثم إن العقد، طبقاً للصناعة القانونية القديمة، هو أيضاً وحدة زمانية. ففي وقت معين ـ هو الوقت الذي يبرم فيه العقد ـ يتركز كل شيء يتعلق بهذا العقد من ناحية تمامه والفراغ منه، ومن ناحية الشروط الواجب توافرها فيه، ومن ناحية الآثار التي تترتب عليه.

١ ـ فمن ناحية تمام العقد والفراغ منه تتجلى وحدة الزمان في أن المتعاقدين يجب أن يحضرا في مكان واحد، وأن يبرما العقد في وقت واحد. ذلك أن وحدة الزمان تقتضي وحدة المكان. ففي مكان واحد وفي وقت واحد يبرم العقد الواحد، وذلك هو مجلس العقد. ويقول أهرنج **«روح القانون الروماني»** (٤/ ١٤٩) في هذا الصدد: «في جميع التصرفات القانونية التي تستلزم اشتراك أشخاص متعددين، كانت وحدة التصرف تقتضي حضور هؤلاء الأشخاص في مكان واحد. فالوحدة في العقد، أي الوحدة في الزمان، تقتضي الوحدة في المكان». ومن ثم كان لا يجوز أن يدخل على العقد، بعد إبرامه، أي تعديل. وإذا أريد تعديل العقد، وجب أولاً إنهاؤه، ثم إبرام عقد جديد ينشىء ابتداء الروابط القانونية على الوجه المعدل. ذلك أن جواز تعديل العقد مع بقائه قائماً يخل بالوحدة الزمانية في إبرامه، فقد كان ينبغي جمع كل التعديلات المطلوبة وإدماجها في العقد وقت إبرامه حتى تتحقق الوحدة في الزمان[١].

٢ ـ ومن ناحية الشروط الواجب توافرها في العقد، من حيث أهلية المتعاقدين ومن حيث محل العقد، فإن هذه يجب أن تتوافر جميعاً وقت إبرام العقد، فتتركز كلها في هذه الوحدة الزمانية، ولا يجوز أن يتأخر أي شرط منها عن هذا الوقت أو أن يتقدم. فإذا أبرم العقد بقي كما نشأ وقت إبرامه: إذا فقد شرطاً فإنه لا يصح حتى لو توافر هذا الشرط بعد ذلك. أو حتى لو كان هذا الشرط متوافراً قبل ذلك. لا يستمد العقد حياته لا من المستقبل ولا من الماضي، بل يستمدها من الحاضر، في الوقت الذي يبرم فيه[٢]. وفي هذا الوقت بالذات يجب أن توجد عناصر حياته

الروماني القديم لم تكن تصرفاً قانونياً فحسب، بل كان يصدر بها قانون من مجلس الشعب أهرنج: **«روح القانون الروماني»** (٤/ ١٤٤ ـ ١٤٧).

(١) أهرنج في **«روح القانون الروماني»** (٤/ ١٥٢) ـ على أن اتساع الرقعة الجغرافية وتعقد طرق المواصلات وانتشار الحضارة، كل أولئك دعا بعد ذلك إلى استعمال وسائل المراسلة من رسول وكتاب ونحو ذلك. فوجد العقد بالتراسل وبالكتابة، واختلت وحدة الزمان والمكان.

(٢) ويقول أهرنج: «إن التصرفات في القانون الروماني القديم تقوم كاملة منذ الساعات الأولى من وجودها، تتحدى الماضي والمستقبل، فلا الماضي له أثر فيها، إذ هي تستبعد كل ما يتعلق به، وذلك بفضل التمييز بين تصرف استكمل صورته وبين المساومات التي تقدمته. ولا المستقبل بمستطيع أن ينال منها، فهي منذ أن تقوم تصير ثابتة في مشتملاتها وتصبح غير قابلة للتغيير. ولا تحتمل إضافة لاحقة، ولا يعوزها الحسم والتحديد. تنبذ كل مسألة يكون المستقبل وحده كفيلاً بحلها، وتستعصي على أي سبب يكون من شأنه أن يقف من آثارها، ومن ثم تقوم مستكملة الذات، مطلقة الوجود، على أساس من الحاضر الثابت الأكيد» (أهرنج ٤/ ١٧٣).

جميعاً، أي أن تتوافر الشروط القانونية الواجبة لقيامه.

ففي وقت إبرام العقد يجب أن تتوافر الأهلية الواجبة في كل من المتعاقدين، فإذا اختلت الأهلية لم يصح العقد، حتى لو توافرت الأهلية بعد ذلك وأراد المتعاقد الذي استكمل أهليته أن يجيز العقد، فإن الإجازة لا تعتبر.

ويجب أن يكون محل العقد موجوداً معيناً مشروعاً وقت إبرام العقد. فلا يجوز لشخص أن ينقل للغير حقاً لا يملكه وقت التعاقد، ولا يجوز أن ينزل عن حق لم يكن له وقت أن نزل ومن ثم لا تجوز كفالة دين مستقبل ولا التعامل في شيء مستقبل، ما دام الدين لم يكن موجوداً وقت إنشاء الكفالة أو الرهن، وما دام الشيء كان معدوماً وقت التعامل فيه. كذلك لا يجوز التعامل في شيء غير معين تعييناً تامّاً أو غير مشروع وقت التعاقد.

ويكفي أن تتوافر الشروط القانونية في التصرف وقت إبرامه، ولا عبرة بعد ذلك بتخلف هذه الشروط بعد أن تم إبرام العقد. أما ما انتهت إليه الصناعة القانونية الحديثة، بعد تطور القانون، من إفساح المجال للتعامل في الأشياء المستقبلة وفي الأشياء المعدومة وفي الأشياء غير المعينة تعييناً كافياً، فهذه مرونة كان من الخطر التسليم بها في الصناعة القانونية القديمة، إذ كانت تطلق العنان للتحكم والفوضى، وكانت لا تستطيع أن تمسك بزمام القانون لتجعله قائماً على أساس صلب من الثبات والاستقرار. ولم يكن يجوز للصناعة القانونية في مراحلها الأولى أن تتخلى عن هذه الصلابة وهذا التشدد، فبفضلهما تمكنت من السيطرة على الأوضاع القانونية والإمساك بزمامها وتوجيهها التوجيه الواجب. وكان لا بد للصناعة القانونية في بداية أمرها من أن تضحي بالمرونة والتجدد في سبيل المحافظة على ثبات الأوضاع القانونية واستقرارها. فإن هذا الثبات والاستقرار هما اللذان مكنا للأوضاع القانونية من أن تستكمل تكوينها، فتستطيع، بعد أن تقوم على أساس ثابت، أن تتطور بعد ذلك لمجاراة مقتضيات الحضارة، وأن تنطوي على المرونة الواجبة دون أن يخشى عليها من أعاصير التقلبات إذا ما تعرضت لها دون أن تكون قد استكملت مقوماتها الذاتية وكيانها الراسخ[١].

على أنه إذا كان التصرف في الصناعة القانونية القديمة يعيش عادة في الحاضر، فإن ضرورات التعامل لم تلبث أن اقتضت إخضاع المستقبل لسيطرته. فقد يرى شخص أنه سيكون في

---

(١) أهرنج (٤/ ١٦٢) وانظر أيضاً (١٠ ـ ١٣) ثم (٨ ـ ٩) حيث يقول يسبق الاستعباد الحرية.. وكذلك الأمر في الصناعة القانونية، فإن هذه الصناعة قبل أن تبلغ مرحلة الحرية تمر بمرحلة الاستعباد. وهي إلى أن تصل إلى مرحلة الحرية تراها تحمل آثار المرحلة الأولى، مرحلة تتسم من جهة بالنظام والبساطة اللذين لا مأخذ عليهما وبالضبط والدقة الحسابية وبالمنطق الذي لا يخطىء. وتتسم من جهة أخرى، كثمن لهذه المزايا، بالصلابة والإسهاب والثقل والتعالم. فالصناعة القانونية القديمة لا تواجه العقبات التي تعترضها، بل هي لا تحجم عن اللف والدوران حولها، إلى أن تصل غايتها، وإن الصلابة في منطق الصناعة القانونية ليصل إلى حد يبعث على الظن أنها لم تكن دائماً محلاً للتطبيق العملي، وأنها إنما اخترعت لأغراض التعليم المدرسي، بمثابة رياضة حسابية للقانون».

حاجة إلى مسكن مثلاً بعد ستة أشهر، فهل ينبغي أن يتربص إلى انقضاء هذه المدة. ثم يبحث بعد ذلك عن منزل صالح يستأجره لسكناه؟ ولو أنه عثر على هذا المنزل منذ الآن، ألا يستطيع أن يستأجره فوراً على أن يبدأ الإيجار بعد ستة أشهر؟ وإذا كنت أعتزم بناء دار، وقدرت أن هذه الدار لا بد أن يكون لها حق ارتفاق على عقار مجاور، أليس من المعقول أن أتعاقد منذ الآن، وقبل بناء المنزل، مع الجار على حق الارتفاق اللازم معلقاً على شرط بناء المنزل؟ من هنا كانت الحاجة إلى الأجل والشرط حاجة مبكرة في مراحل تطور القانون، والأجل والشرط يمثلان كما نرى سيطرة التصرف القانوني على المستقبل ولكن الصناعة القانونية القديمة لم تكن لتسمح أن يختل في التصرف القانوني وحدة الزمان، ولم تكن لتبيح أن يكون التصرف ذاته هو المضاف إلى الأجل أو المعلق على الشرط، بل يجب أن يكون التصرف منجزاً حتى تتحقق الوحدة الزمانية في الحاضر، والدين الذي ينشأ من التصرف القانوني هو الذي يكون مؤجلاً أو معلقاً على شرط. على أن هناك فرقاً واضحاً بين الأجل والشرط. فالدين المؤجل موجود، بل هو كامل الوجود، منذ صدور التصرف القانوني، فهو لا يعيش في المستقبل بل يعيش في الحاضر، ونفاذه هو وحده المرهون بالمستقبل. أما الدين المعلق على شرط، فهذا هو الذي تبدأ حياته عند صدور التصرف القانوني، على نحو ما تبدأ حياة الجنين، ولا يفتأ يتكون في المستقبل، نطفة ثم علقة إلى أن يولد خلقاً كاملاً سوياً عند تحقق الشرط. ومن ثم اقتضت الصناعة القانونية أن تتوافر الشروط الموضوعية في التصرف الذي ينشىء ديناً معلقاً على شرط لا عند صدور التصرف القانوني فحسب، بل يجب أيضاً أن تبقى متوافرة إلى أن يتحقق الشرط، ويخلص من ذلك أن الدين المعلق على شرط يتكون في خلال فترة من الزمن متدرجاً في النشوء إلى أن يستكمل وجوده، وأن التصرف القانوني ذاته إنما هو تصرف متعاقب الوجود (naissance successive)، فلا تتحقق فيه من وجه وحدة الزمان (أهرنج ٤/ ١٦٢ ـ ١٧٠).

وإذا كان كل من الأجل والشرط لا يلحق إلاّ الدين فذلك لأن الدين وحده هو الذي يتصور فيه أن يعيش في المستقبل نفاذاً أو وجوداً، أما العين فهي إذا كانت موجودة في الحال، فلا يتصور أن يرد عليها وصف الأجل فتكون مؤجلة أو وصف الشرط فتكون معلقة، إذ أن وجودها القائم يتعارض مع التأجيل أو التعليق. وإذا كانت العين معدومة، فمن الخطر التعامل في أعيان مستقبلة قبل وجودها، فإن هذا يخل بثبات التعامل واستقراره.

٣ ـ ومن ناحية الآثار التي تترتب على العقد، تقوم أيضاً وحدة الزمان، ففي الوقت ذاته الذي يبرم فيه. العقد تتولد جميع آثاره. ويقول أهرنج في هذا الصدد: «لا يمكن أن يكون هناك فراغ ما بين صدور التصرف القانوني ونشوء الحق الذي تولد عنه، كما لا يمكن أن يكون هناك فراغ ما بين السبب والمسبب. وكما لا يمكن أن نتصور في الميلاد أن الحياة لا تدب في المولود إلاّ بعد فترة من الزمن. ففي جميع التصرفات ما بين الأحياء يكون من المستحيل تأخير نشوء الحق. ولا استثناء لهذه القاعدة حتى في الديون، فقد رأيناها تولد في الحال ولو تراخى وقت نفاذها إلى أجل. ومن ثم تخضع لمبدأ الوحدة الآثار التي تترتب على العقد، شأنها في ذلك شأن شروط صحة العقد. فتمام العقد، وشروط صحته، والآثار التي تترتب عليه، وبالجملة جميع العناصر التي يتكون منها العقد، تتركز كلها في وقت واحد. والتصرف القانوني وحدة لا تتجزأ» (أهرنج ١٧١).

وإذا كانت آثار العقد تخضع لمبدأ الوحدة في الزمان، فإن هذا يؤدي إلى القول بوحدة الشخص الذي باشر العقد والشخص الذي يلحق به أثر العقد فهذان يجب أن يكونا شخصاً واحداً، ومن باشر العقد يلحق به الأثر، كما أن من باشر السبب يلحق به المسبب. ومن هنا كان القانون في القديم لا يعترف بالنيابة في التعاقد، وكانت آثار العقد لا تلحق شخص الأصيل، بل تلحق شخص النائب لأنه هو الذي باشر العقد.

* * *

ومن المحقق أن أهرنج لم يتصل بالفقه الإسلامي. ولو كان اتصل به كما اتصل بالقانون الروماني، اتصال دراسة وتحقيق، لوجد فيه ميداناً خصباً لصدق نظراته في الصناعة القانونية، ولما كان الفقه الإسلامي أقل دلالة على صدق هذه النظرات من القانون الروماني. ولعل أهرنج كان يغتبط عندما يرى أن ما استخلصه من نظريات في تطور الصناعة القانونية عن طريق القانون الروماني يستطيع أن يستخلصه عن طريق النظم القانونية الأصيلة التي نبتت في بيئات مختلفة بعضها مستقل عن بعض.

فهذه هي وحدة الصفقة، ووحدة العقد، ومجلس العقد، وامتناع الأعيان عن أن يلحق بها أجل أو شرط، كل هذه المبادىء إنما هي مراحل مر بها الفقه الإسلامي كما مر بها القانون الروماني. وهذا قاطع في الدلالة. كما قدمنا، على أن الفقه الإسلامي لم ينقل عن القانون الروماني، وإلاّ لكان قد نقله متطوراً، ولما اضطر إلى اجتياز مراحل التطور نفسها التي اجتازها القانون الروماني.

لقد كان أهرنج ليس فقيه القانون الروماني فحسب، بل وفقيه النظم القانونية الأصيلة التي لا تقل في الأصالة وعراقة التطور عن القانون الروماني. لقد كان فقيه القانون العالمي للبشر، وهذا مجد جديد لأهرنج لم يكن يحسب حسابه.

ب ـ تطور الفقه الإسلامي في الشروط المقترنة بالعقد

تطور الفقه الإسلامي في المذاهب الأربعة:

على أن الفقه الإسلامي لم يلبث جامداً عند المرحلة الأولى للفكر القانوني، بل خطا خطوات واسعة، في طريق التطور. تطور في المذهب الحنفي نفسه وفي المذهب الشافعي، وتطور تطوراً أسرع في المذهبين المالكي والحنبلي.

١ ـ تطور الفقه الإسلامي في المذهب الحنفي

رأينا مما قدمناه من نصوص الفقه الحنفي أن فقهاء هذا المذهب، بالرغم من أنهم يقررون كمبدأ عام وجوب وحدة الصفقة، يحدثون مع ذلك في هذا المبدأ ثغرات هامة، فيدفعون المذهب إلى طريق من التطور يوطىء أكنافه، ويوسع ما ضاق منه، سدّاً لحاجات التعامل.

١ ـ فأول ما يقررونه ـ لا على سبيل الاستثناء من المبدأ بل مطاوعة لطبائع الأشياء ـ أن

الشرط الذي يقتضيه العقد هو شرط صحيح يصح معه العقد. وبديهي أن ما يقررون من ذلك غني عن أن يذكر، فإن ما يقتضيه العقد صحيح معمول به، سواء ذكر في صورة شرط أو لم يذكر أصلاً. ولكنهم لا يقصدون من تقرير هذه القاعدة الحكم في ذاته، بل يقصدون التمهيد بذلك للاستثناءات الحقيقية من مبدأ وحدة الصفقة، فيبنون على هذه القاعدة الأولى قاعدة أخرى.

٢ ـ ومن ثم يقررون أن الشرط الذي يلائم العقد، وإن لم يكن العقد يقتضيه صورة، هو من مقتضى العقد حقيقة، فيلحق بالشرط الذي يقتضيه العقد، ويكون استحساناً شرطاً صحيحاً يصح معه العقد، وقد سبق بسط هذه المسألة في تفصيلاتها وما ورد فيها من الأمثلة.

٣ ـ ثم ينتقلون بعد ذلك إلى شرط جرى به التعامل، وهذا هو الباب الواسع الذي يدخل منه التطور السريع. فيجيزون شرطاً فيه منفعة مطلوبة، دون أن يقتضيه العقد ودون أن يلائم العقد، إذا كان التعامل قد جرى به، فيصح الشرط في هذه الحالة استحساناً ويصح معه العقد.

٤ ـ ثم يقررون أن الشرط الذي ليست فيه منفعة مطلوبة لا تتحقق فيه معنى الصفقة، ولا يجعل العقد ينطوي على صفقتين، ومن ثم يلغو الشرط لعدم إمكان المطالبة به، ولكن يبقى العقد صحيحاً.

٥ ـ ثم إنهم في الشرط الذي فيه منفعة مطلوبة دون أن يقتضيه العقد ودون أن يلائم العقد ـ وهذا هو الشرط الفاسد الذي يجعل العقد متعدد الصفقة ـ يميزون بين أنواع العقود المختلفة: فيقصرون تحريم الصفقتين في الصفقة الواحدة على عقود المعاوضات المالية[1] دون التبرعات والإسقاطات والإطلاقات والتقييدات على ما قدمنا. ففي المعاوضات المالية يتحقق معنى تعدد الصفقة كاملاً، أما في غير المعاوضات المالية فالأمر يختلف، إذ يمكن إلغاء الشرط دون أن يمس ذلك كيان العقد الأصلي. فيلغو الشرط ويصح العقد.

هذه هي حلقات متلاصقة في سلسلة من الاستثناءات أوردها المذهب الحنفي على مبدأ ضيق هو مبدأ وحدة الصفقة، فوسع فيه، وأنقذ كثيراً من ضروب التعامل، وخطا خطوات محسوسة في طريق التطور. وكل هذا باسم الاستحسان، هذا المصدر الخصب الذي كان من أهم أسباب تطور المذهب الحنفي.

---

(١) وحتى في عقود المعاوضات المالية لجأ الفقه الحنفي إلى الحيل في إباحة الشرط. فإذا أراد المؤجر أن يشترط على المستأجر مرمة الدار المؤجرة وعمارتها أو دفع ما يجب على الأرض من الخراج أو شراء ما تحتاج إليه الدابة من الطعام، فالحيلة في ذلك أن يزاد الأجر بقدر ما تحتاج إليه الدار من العمارة أو ما يجب على الأرض من الخراج أو ما يلزم الدابة من العلف، ثم يأذن المؤجر المستأجر في صرف ذلك القدر الزائد في العمارة أو الخراج أو النفقة. وإذا أراد المشتري أن يشترط ترك الثمار المبيعة على الأشجار إلى أن يتم نضجها، فالحيلة في ذلك أن يأخذ المشتري الأشجار بطريق المساقاة على أن يكون البائع جزء من ألف جزء مثلاً (من رسالة الأستاذ زكي الدين شعبان المخطوطة ٧١/ ١).

٢ ـ تطور الفقه الإسلامي في المذهب الشافعي

ومذهب الشافعي يقرب كثيراً من المذهب الحنفي في الأصل الذي تمسك به وهو منع تعدد الصفقة، وفي الاستثناءات التي أوردها على الأصل.

فالشرط الذي يقتضيه العقد صحيح بداهة، لأنه معمول به من غير حاجة إلى أن يذكر.

والشرط الذي يلائم العقد، ويدعى في الفقه الشافعي بالشرط الذي فيه مصلحة العقد أو الشرط الذي تدعو إليه الحاجة، صحيح أيضاً ويصح معه العقد، وليس ذلك على سبيل الاستثناء كما هو الأمر في المذهب الحنفي، بل هو أصل يقوم بذاته، وقد تقدم بيان ذلك. ومن أمثلة الشرط الذي فيه مصلحة للعقد اشتراط الإشهاد على العقد واشتراط كتابته في صك. واشتراط الرهن أو الكفيل بالثمن.

ولعل الفقه الشافعي لا يميز بين الشرط الذي يلائم العقد، والشرط الذي تدعو إليه حاجة التعامل، فهما عنده شيء واحد. إذ هو يتحدث عن الشرط الذي يلائم العقد تحت اسم الشرط الذي فيه مصلحة للعقد أو الشرط الذي تدعو إليه الحاجة، ولا يورد أمثلة خاصة للشرط الذي تدعو إليه حاجة التعامل.

ثم إن الفقه الشافعي يذهب إلى أن الشرط الذي لا غرض فيه ولا منفعة منه يلغى ويصح العقد.

ويتمسك الفقه الشافعي بعد ذلك بالأصل المعروف، فيمنع البيع والشرط، ما دام الشرط فيه منفعة مطلوبة ولا يقتضيه العقد ولا يلائم مقتضى العقد. فلا يجوز أن يشتري زرعاً ويشترط على البائع أن يحصده، أو ثوباً ويشترط على البائع أن يخيطه، ولا يجوز أن يبيع داراً بألف على أن يقرضه المشتري قرضاً بمائة ولا يجوز للعاقد أن يشترط ما ينافي مقتضى العقد، فلا يجوز للراهن أن يشترط على المرتهن ألا يبيع العين المرهونة أصلاً، أو ألا يبيعها حتى يمضي شهر من وقت حلول الدين، أو أن يكون المرتهن أسوة الغرماء، أو أن يضمن المرتهن هلاك العين كلها ولا يقتصر على ضمان ما زاد من قيمتها على الدين، ولا يجوز أن يشترط أحد الشركاء أن يكون له نصيب في الربح دون الخسارة، أو أن يكون له مبلغ معين من الربح فقد لا تربح الشركة أكثر من هذا المبلغ أو قد تربح شيئاً، ولا يجوز أن يشترط رب المال في القراض أن يكون رأس المال في يده، أو أن يشترك مع العامل في التجارة، أو أن تكون يد العامل يد ضمان. ويمنع الفقه الشافعي البيعتين في بيعة، ويتأول الحديث الوارد في النهي عن ذلك على وجهين لا يجيز أياً منهما، فلا يصح أن يشتري بألف نقداً أو بألفين نسيئة، كما لا يصح أن يبيع العبد بألف على أن يبيع منه المشتري أو أجنبي الدار بألفين.

ويبدو أن الشرط الذي فيه منفعة مطلوبة، دون أن يقتضيه العقد أو يلائم مقتضى العقد يبطل، في مذهب الشافعي، المعاوضات والتبرعات على السواء[1].

---

(١) انظر رسالة الأستاذ زكي الدين شعبان المخطوطة (٩٠).

ويتبين مما تقدم أن مذهب الشافعي قد تطور على نحو يكاد يضاهي فيه المذهب الحنفي، وإن كان يتسع عنه في جهة ويضيق دونه في جهة أخرى[١].

---

(١) وننقل هنا بعض نصوص الفقه الشافعي في المعاني التي قدمناها - جاء في «نهاية المحتاج» إلى «شرح المنهاج للرملي» (٣/ ٤٣٣ - ٤٤٤): «(نهى رسول الله ﷺ)... عن بيعتين في بيعة، رواه الترمذي وصححه، بأن يقول بعتك بألف نقداً أو ألفين إلى سنة، فخذ بأيهما شئت أنت أو أنا أو شاء فلان للجهالة... أو بعتك هذا العبد مثلاً بألف على أن تبيعني أو فلان دارك بكذا أو تشتري مني أو من فلان كذا بكذا للشرط الفاسد - وعن بيع وشرط، كبيع بشرط كما مر، أو بيع دار بألف بشرط قرض مائة... ولو اشترى زرعاً بشرط أن يحصده البائع، أو ثوباً ويخيطه البائع.. فالأصح بطلانه.. بل الأوجه البطلان هنا قطعاً كما علم من قوله بيع أو قرض إذ هما مثالان، فبيع بشرط إجارة أو إعارة باطل لذلك.. ولو اشترى حطباً مثلاً على دابة بشرط إيصاله منزله لم يصح وإن عرف المنزل لأنه بيع بشرط، وأطلق صح العقد ولم يكلف إيصاله منزله ولو اعتيد بل يسلمه له في موضعه.. ويستثنى من النهي عن بيع وشرط.. الراهن للحاجة إليه لا سيما في معاملة من لا يعرف حاله.. والكفيل للحاجة إليه أيضاً.. ولو باع عبداً أي رقيقاً بشرط إعتاقه عن المشتري أو أطلق، فالمشهور صحة البيع والشرط لخبر بريرة المشهور ولتشوف الشارع للعتق، على أن فيه منفعة للمشتري في الدنيا بالولاء وفي الآخرة بالثواب وللبائع بالتسبب فيه. والثاني لا يصحان كما لو شرط بيعه أو رهينه، وقيل يصح البيع دون الشرط كما في النكاح، أو لو شرط إعتاقه عن البائع أو أجنبي فلا يصح لأنه ليس في المعنى ما ورد به الخبر، وخرج بإعتاق المبيع شرط إعتاق غيره فلا يصح البيع معه لانتفاء كونه من مصالحه.. ولو شرط مقتضى العقد كالقبض والرد بعيب صح. أو شرط ما لا غرض فيه أي عرفا.. كشرط ألا يأكل أو لا يلبس إلاّ كذا ولو حريراً صح العقد ولغا الشرط.. ولو باعه إناء بشرط ألا يجعل فيه محرماً، أو سيفاً بشرط ألا يقطع به الطريق، أو عبداً بشرط ألا يعاقبه بما لا يجوز، صح البيع، ويقاس به ما في معناه. ولو شرط البائع مع موافقة المشتري حبس المبيع بثمن في الذمة حتى يستوفي الحال لا المؤجل وخاف فوت الثمن بعد التسليم، صح لأن حبسه حينئذٍ من مقتضيات العقد، بخلاف ما لو كان مؤجلاً أو حالاً ولم يخف فوته بعد التسليم لأن البداءة حينئذٍ في التسليم بالبائع. وإن شرط وصفاً يقصد، ككون العبد كاتباً أو الدابة أو الأمة.. حاملاً أو لبوناً... صح العقد مع الشرط لأنه شرط يتعلق بمصلحة العقد وهو العلم بصفات المبيع التي بها الأغراض، ولأنه التزم موجوداً عند العقد ولا يتوقف التزامه على إنشاء أمر مستقبل فلا يدخل في النهي عن بيع وشرط وإن سمي شرطاً تجوزاً فإن الشرط لا يكون إلاّ مستقبلاً، ويكفي أن يوجد من الوصف المشروط ما ينطلق عليه الاسم، إلاّ أن شرط الحسن، في شيء فإنه لا بد أن يكون حسناً عرفاً وألا تخير. ولو قيد بحلب أو كتابة شيء معين كل يوم بطل، وإن علم قدرته...».

وجاء في «المهذب» (١/ ٢٦٨): «إذا شرط في البيع شرطاً نظرت فإن كان شرطاً يقتضيه البيع كالتسليم والرد بالعيب وما أشبههما، لم يبطل العقد لأن شرط ذلك بيان لما يقتضيه العقد فلم يبطله فإن شرط ما لا يقتضيه العقد ولكن فيه مصلحة، كالخيار والأجل والرهن والضمين، لم يبطل العقد، لأن الشرع ورد بذلك.. ولأن الحاجة تدعو إليه، فلم يفسد العقد. فإن شرط عتق العبد المبيع لم يفسد العقد، لأن عائشة رضي الله عنها اشترت بريرة لتعتقها، فأراد أهلها أن يشترطوا ولاءها، فقال رسول الله ﷺ اشتريها واعتقيها فإنما الولاء لمن أعتق... فإن شرط ما سوى ذلك من الشروط التي تنافي مقتضى العقد، بأن باع عبداً بشرط ألا يبيعه أو لا يعتقه، أو باع داراً بشرط أن يسكنها مدة، أو ثوباً بشرط أن يخيطه له، أو فلعة بشرط أن يحذوها له، بطل البيع، لما روي عن النبي ﷺ أنه نهى عن بيع وشرط، وروي أن عبد الله بن مسعود اشترى جارية من امرأته زينب الثقفية وشرطت عليه أنك إن بعتها فهي لي بالثمن، فاستفتى عبد الله بن عمر رضي الله عنهما؛ فقال لا

٣ ـ تطور الفقه الإسلامي في المذهب المالكي

التطور في المذهب المالكي أبعد مدى من التطور في المذهب الحنفي وفي مذهب الشافعي:

وقد تطور الفقه الإسلامي في مذهب مالك تطوراً أبعد مدى من تطوره في مذهبي أبي حنيفة والشافعي. فمالك يجيز من الشروط ما يجيزه المذهبان الآخران، ثم هو يجيز منها كثيراً مما لا يجيزانه.

وعنده أن الأصل في الشرط أن يكون صحيحاً ويصح معه العقد، وقد يقع الشرط فاسداً على سبيل الاستثناء.

ونستعرض في مذهبه الشرط الصحيح ثم الشرط الفاسد، وذلك في شيء من التنسيق والترتيب لا نجده عادة في كتب المذهب، فهذه تتعدد فيها التقسيمات ويتداخل بعضها في بعض، وقد نوه بذلك ابن رشد في بداية المجتهد.

الشرط الصحيح في مذهب مالك:

الشرط الصحيح في مذهب مالك أوسع بكثير من الشرط الصحيح في مذهب أبي حنيفة:

١ ـ فكل شرط يقتضيه العقد صحيح، وفي هذا يتفق المذهبان. فيصح الشرط والعقد إذا اشترط البائع أن يدفع المشتري الثمن، أو اشترط المشتري أن يسلم البائع المبيع أو أن يضمن العيب، أو اشترط الدائن المرتهن أن يكون له الحق في بيع العين المرهونة إذا لم يستوف الدين أو يكون مقدماً على سائر الغرماء، أو اشترطت الزوجة أن ينفق عليها الزوج وأن يكسوها.

ب ـ ولا يصح فحسب، في مذهب مالك، كل شرط يقتضيه العقد، بل يصح أيضاً كل شرط لا يناقض مقتضى العقد. وفي هذا يتسع مذهب مالك عن مذهب أبي حنيفة، إذ يدخل في حكم الصحة عند مالك الشرط الذي يلائم العقد والشرط الذي جرى به التعامل وهما صحيحان في مذهب أبي حنيفة، ويدخل أيضاً الشرط الذي فيه منفعة معقولة لأحد المتعاقدين ولو لم يكن العقد يقتضيه أو يلائمه ما دام الشرط نفسه لا يناقض مقتضى العقد، ومثل هذا الشرط يفتح الباب واسعاً للتعامل، وهو كما رأينا صحيح عند مالك فاسد عند أبي حنيفة.

فيصح في المذهبين أن يشترط البائع على المشتري تقديم رهن أو كفيل أو محال عليه بالثمن. وهذا الشرط يلائم مقتضى العقد ولا يقتصر على عدم مناقضته.

ويصح في مذهب مالك دون مذهب أبي حنيفة:

تقربها وفيها شرط لأحد، وروي أن عبد الله اشترى جارية واشترط خدمتها، فقال عمر رضي الله عنه لا تقربها وفيها مثنوية، ولأنه شرط لم يكن على التغليب ولا هو من مقتضى العقد ولا من مصلحته فأفسد العقد، كما لو شرط ألا يسلم إليه المبيع».

١ ـ أن يشترط البائع على المشتري أن يعتق العبد المبيع، أو يقف الأرض المبيعة، أو يبني فيها مسجداً، أو غير ذلك مما يتضمن إيقاع معنى في المبيع هو من معاني البر.

٢ ـ أن يشترط البائع على المشتري ألا يبيع ما اشتراه أو يهبه أو يعتقه حتى يعطي الثمن المؤجل، وفي هذا إيقاع معنى في المبيع لضمان حق البائع.

٣ ـ أن يبيع الدار ويشترط سكناها مدة معقولة، أو الدابة يشترط ركوبها ثلاثة أيام أو الوصول بها إلى مكان قريب، أو الثوب ويشترط عليه المشتري أن يخيطه، أو الحنطة ويشترط عليه المشتري أن يطحنها، وغير ذلك من الشروط التي فيها منفعة معقولة لأحد المتعاقدين.

الشرط الفاسد في مذهب مالك:

ولا يكون الشرط فاسداً عند مالك إلاّ في موضعين:

١ ـ إذا كان الشرط يناقض مقتضى العقد، كما إذا اشترط البائع على المشتري ألا يتصرف في المبيع، أو اشترط الزوج على الزوجة ألا ينفق عليها أو ألا ترثه أو اشترط بائع الرقيق على مشتريه أنه إذا أعتقه كان الولاء للبائع. وسبب فساد الشرط هنا واضح، فإن العقد لا يسلم مع وجود الشرط ما دام الشرط يناقض مقتضاه، أو كما يقول الحطاب هو شرط «لا يتم معه المقصود من العقد».

٢ ـ إذا كان الشرط يخل بالثمن، وذلك كبيع وسلف أي بيع يتضمن قرضاً، وكبيع الثنيا وصورته أن يبتاع سلعة على أن البائع متى ما رد الثمن فالسلعة له (وهذا هو بيع الوفاء في القانون الحديث وهو بيع معلق على شرط لا مقترن بشرط) وكبيع يشترط البائع فيه أنه إذا باع المشتري السلعة فهو أحق بها بالثمن الذي باع به للمشتري. وسبب فساد الشرط هنا أنه اشترط لمصلحة البائع أو المشتري وقد روعي فيه نقص الثمن بقدر غير معلوم إذا كان لمصلحة البائع كما في بيع الثنيا، أو زيادة الثمن بقدر غير معلوم إذا كان الشرط لمصلحة المشتري كما في بيع وقرض للمشتري من البائع، وفي الحالتين تلحق الجهالة بالثمن أو كما يقول الخرشي إن الشرط «يعود جهله في الثمن إما بزيادة إن كان الشرط من المشتري، أو بنقص إن كان من البائع».

والشرط الفاسد يبطل في جميع الأحوال، ولا يعمل به. أما أثره في العقد.

١ ـ فتارة يبطله.

٢ ـ وطوراً يبطل الشرط وحده ويبقى العقد.

٣ ـ وثالثة يبطل الشرط والعقد معاً إلاّ إذا نزل المشترط عن الشرط فيسقط الشرط ويبقى العقد.

١ ـ إما أن الشرط الفاسد يبطل العقد فيقع ذلك عادة إذا كان الشرط يناقض مقتضى العقد، بحيث إذا أعمل الشرط كان لا بد للعقد حتماً من أن يختل. فيبطل كل من الشرط والعقد إذا اشترط الواهب ألاّ يقبض الموهوب له الهبة، أو اشترط المقرض أن يرد له المقترض أحسن مما اقترض، أو اشترط الراهن أن يستبقي الرهن تحت يده أو أنه يخرج من الرهن بعد مدة معلومة أو

أن الرهن لا يباع، أو اشترط رب المال في القراض أن يستبقي المال تحت يده أو أن يضمنه العامل أو أن يجعل مع العامل أميناً، أو يشترط الزوج ألا ينفق عل الزوجة أو ألا ترثه، أو تشترط الزوجة أنها بالخيار إلى مدة معلومة أو أن الزوج إذا لم يأت بالمهر في مدة معلومة فلا زواج.

٢ ـ وإما أن الشرط الفاسد يبطل هو وحده ويبقى العقد، فيبدو أن ذلك يقع إذا ناقض الشرط مقتضى العقد ولكن العقد لا يختل إذا أعمل الشرط. فما دام العقد لا يختل بالشرط أو بدونه فإنه يبقى. آما الشرط فيسقط، لأنه شرط فاسد يناقض مقتضى العقد، فهو أقرب إلى أن يكون مخالفاً للنظام العام في لغة الفقه الغربي. فيبطل الشرط ويبقى العقد إذا اشترطت الزوجة على زوجها ألا يتزوج عليها أو ألا يطلقها أو ألا ينقلها من بلدها أو من دارها، أو اشترط بائع الرقيق على مشتريه أنه إذا أعتقه كان الولاء للبائع، أو اشترط البائع أن لا حق للمشتري في حط جزء من الثمن إذا أصابت الثمار آفة، أو اشترط رب الوديعة على حافظها أن يضمن هلاكها.

٣ ـ وإما أن الشرط الفاسد يبطل هو والعقد معاً إلاّ إذا نزل عنه المشترط فيسقط ويبقى العقد. فإن ذلك يتحقق في حالة ما إذا كان الشرط يخل بالثمن كما رأينا في البيع والسلف وبيع الثنيا والبيع مع اشتراط البائع أنه أحق بالبيع إذا باعه المشتري. ويتحقق ذلك أيضاً فيما إذا كان الشرط يناقض مقتضى العقد عن طريق إيقاعه معنى في البيع ليس من معاني البر، وذلك كأن يشترط البائع على المشتري ألا يبيع ما اشتراه أو يهبه، وهذا إذا عمم أو استثنى قليلاً كقوله على ألا يبيعه جملة أو لا تبيعه إلاّ من فلان. وأما إذا خصص ناساً قليلاً فيجوز الشرط ويصح البيع[1].

---

(١) ونقل هنا بعض نصوص الفقه المالكي فيما قدمناه من الأحكام. جاء في «**بداية المجتهد**» لابن رشد (٢/ ١٣٣ ـ ١٣٤): «وأما مالك فالشروط عنده تنقسم ثلاثة أقسام، شروط تبطل هي والبيع معاً، وشروط تجوز هي والبيع معاً، وشروط تبطل ويثبت البيع. وقد يظن أن عنده قسماً رابعاً، وهو أن من الشروط ما إن تمسك المشترط بشرطه بطل البيع وإن تركه جاز البيع. وأعطاء فروق بينه في مذهبه بين هذه الأصناف الأربعة عسير، وقد رام ذلك كثير من الفقهاء. وإنما هي راجعة إلى كثرة ما تتضمن الشروط من صنفي الفساد الذي يخل بصحة في البيوع وهما الربا والغرر وإلى قلته وإلى التوسط بين ذلك أي ما يفيد نقصاً في الملك. فما كان دخول هذه الأشياء فيه كثيراً من قبل الشرط أبطله وأبطل الشرط، وما كان قليلاً أجازه وأجاز الشرط، وما كان متوسطاً أبطل الشرط وأجاز البيع ويرى أصحابه أن مذهبه هو أولى المذاهب، إذ بمذهبه تجتمع الأحاديث كلها والجمع عندهم أحسن من الترجيح. وللمتأخرين من أصحاب مالك في ذلك تفصيلات متقاربة، واحد من له ذلك جدي والمازري والباجي، وتفصيله في ذلك إن قال: إن الشروط في المبيع تقع على ضربين أولين: أحدهما أن يشترطه بعد انقضاء الملك مثل من يبيع الأمة أو العبد ويشترط أنه إن عتق كان له ولاؤه دون المشتري، فمثل هذا قالوا يصح فيه العقد ويبطل الشرط لحديث بريرة. والقسم الثاني أن يشترط عليه شرطاً يقع في مدة الملك، وهذا قالوا ينقسم إلى ثلاثة أقسام: إما أن يشترط في المبيع منفعة لنفسه، وإما أن يشترط على المشتري منعاً من تصرف عام أو خاص، وإما أن يشترط إيقاع معنى في البيع. وهذا أيضاً ينقسم إلى قسمين: أحدهما أن يكون معنى من معاني البر، والثاني أن يكون معنى ليس فيه من البر شيء. فأما إذا اشترط لنفسه منفعة يسيرة لا تعود بمنع التصرف في أصل المبيع، مثل أن يبيع الدار واشترط سكناها مدة يسيرة مثل الشهر وقيل السنة، فذلك جائز على حديث جابر. وإما أن يشترط منعاً من تصرف خاص أو عام، فذلك لا يجوز لأنه من الثنيا، مثل أن يبيع الأمة على ألاّ يطأها أو يبيعها. وإما أن يشترط معنى من معاني البر

تقدير مذهب مالك:

ولا شك في أن الفقه الإسلامي، فيما يتعلق باقتران العقد بالشرط، قد تطور في مذهب مالك تطوراً ملحوظاً نحو الإباحة، فالمذهب المالكي - خلافاً للمذهبين الحنفي والشافعي - يجيز الشرط الذي فيه منفعة مطلوبة فيتخطى بهذه الإباحة العقبة التي ترجع في المذهبين الآخرين إلى مبدأ وحدة الصفقة.

مثل العتق، فإن كان اشترط تعجيله جاز عنده، وإن تأخر لم يجز لعظم الغرر فيه... وإما أن يشترط معنى في المبيع ليس ببر مثل ألا يبيعها فذلك لا يجوز عند مالك، وقيل عنه البيع مفسوخ وقيل بل يبطل الشرط فقط. وأما من قاله له البائع متى جئتك بالثمن رددت علي المبيع، فإنه لا يجوز عند مالك، واختلف أيضاً فيمن باع شيئاً بشرط ألا يبيعه حتى ينتصف من الثمن، فقيل عن مالك يجوز ذلكم لأن حكمه حكم الرهن، ولا فرق في ذلك بين أن يكون الرهن هو المبيع أو غيره.. ومن المسموع في هذا الباب نهيه ﷺ عن بيع وسلف، اتفق الفقهاء على أنه من البيوع الفاسدة، إذا ترك الشرط قبل القبض، فمنعه أبو حنيفة والشافعي وسائر العلماء، وأجازه مالك وأصحابه إلا محمد بن عبد الحكيم».

وجاء في **«الحطاب»** (٤/ ٣٧٣ - ٣٧٥): «أن من البيوع المنهي عنها البيع والشرط فقد روى عبد الحق في أحكامه عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده قال نهى رسول الله ﷺ عن بيع وشرط. قال ابن عرفه لا أعرفه إلاّ من طريق عبد الحق. وحمله أهل المذهب على وجهين، أحدهما الشرط الذي يناقض مقتضى العقد، والثاني الشرط الذي يعود بخلل في الثمن. فأما الشرط الذي يناقض مقتضى العقد فهو الذي لا يتم معه المقصود من البيع، مثل أن يشترط عليه ألا يبيع ولا يهب، وهذا إذا عمم أو استثنى قليلاً كقوله على ألا تبيعه جملة أو لا تبيعه إلاّ من فلان، وأما إذا خصص ناساً قليلاً فيجوز... سئل مالك عن رجل باع عبداً أو غيره وشرط على المبتاع أنه لا يبيع ولا يهب ولا يعتق حتى يعطي الثمن، قال لا بأس بذلك لأنه بمنزلة الرهن إذا كان إعطاء الثمن لأجل مسمى. ومن أمثلة المناقضة بيع الثنيا وهو من البيوع الفاسدة، قال في كتابه بيوع الآجال من **«المدونة»**: ومن ابتاع سلعة على أن البائع متى رد الثمن فالسلعة له، لم يجز ذلك. لأنه بيع وسلف، قال سحنون بل سلف جر منفعة.. يستثنى من الشروط المناقضة لمقتضى العقد تنجيز العتق فإنه جائز لحديث بريرة، وقال في **«المدونة»** لأن البائع تعجل الشرط بما وضع من الثمن فلم يقع فيه غرر، واحترز بالتنجيز من التدبير والعتق إلى أجل وأن يتخذ الأمة أم ولد فإن ذلك لا يجوز... وصح البيع إن أسقط السلف مشترطه».

وجاء في **«الخرشي»** (٥/ ٨٠ - ٨١): «قد نهى رسول الله ﷺ عن بيع وشرط، وحمل أهل المذهب النهي على شرط يناقض أو يخل بالثمن... كما لا يبيع عموماً أو إلاّ من نفر قليل، أو لا يهب، أو لا يخرج بها من البلد، أو على أن يتخذها أم ولد... أو على أنه إن باعها من غيره فهو أحق بها بالثمن... وبقي شرط يقتضيه العقد وهو واضح الصحة، كشرط تسليم المبيع والقيام بالعيب ورد العوض عند انتقاض البيع، وهو لازم دون شرط فشرطه تأكيد، وشرط لا يقتضيه ولا ينافيه وهو من مصلحته جائز لازم بالشرط ساقط بدونه، كالأجل والخيار والرهن، ولا بأس بالبيع بثمن إلى أجل على ألا يتصرف بيع ولا هبة ولا عتق حتى يعطي الثمن لأنه بمنزلة الرهن إذا كان إعطاء الثمن لأجل مسمى... أو يخل بالثمن كبيع وسلف... ومعنى إخلاله بالثمن بأن يعود جهله في الثمن إما بزيادة إن كان الشرط من المشتري أو نقص إذ كان من البائع، كبيع وسلف من أحدهما، لأن الانتفاع بالسلف من جملة الثمن أو الثمن أو المثمن وهو مجهول... وصح البيع إن حذف شرط السلف مع قيام السلعة على المشهور لزوال المانع».

انظر أيضاً **«الدسوقي على الدردير»** (٣/ ٦٥ - ٦٧).

ثم إن الشرط الفاسد عند مالك لا يجاوز في أكثر صورة منطقة معقولة، وهذا واضح في الشرط الفاسد الذي يبطل العقد والشرط الفاسد الذي يبطل وحده ويبقى العقد.

أما الشرط الفاسد الذي يبطل ويبطل العقد معه إلاّ إذا نزل عنه المشترط، فهو في إحدى صورتيه، وهي صورة المنع من التصرف في البيع، لا يجاوز أيضاً حدوداً معتدلة، إذ الشرط يصح إذا قيد بقيود معقولة كما إذا نهى البائع المشتري عن التصرف لناس قليلين وترك باب التصرف مفتوحاً لأكثر الناس، ويصح كذلك إذا كان له مسوغ مشروع كما إذا اشترط البائع ألا يتصرف المشتري في المبيع حتى يعطي الثمن المؤجل وكما إذا كان المنع من التصرف يتضمن إيقاع معنى في البيع هو من معاني البر.

تبقى الصورة الأخرى لهذا الشرط الفاسد، وهي التي يخل فيها الشرط بالثمن كما في بيع وسلف، ففي هذه نرى مذهب مالك قد وقف جامداً، ولم يتابع التطور إلى غايته. وكأنه اصطدم هنا بمبدأ وحدة الصفقة فلم يستطع أن يتخطاه في البيع والسلف، فإن العقد الذي يتضمن بيعاً وسلفاً، لا يتميز في الواقع من الأمر إلاّ بأنه عقد واحد تضمن صفقتين.

٤ ـ تطور الفقه الإسلامي في المذهب الحنبلي

المذهب الحنبلي أبعد المذاهب تطوراً في تصحيح الشروط:

ولعل أبعد تطور للفقه الإسلامي في مسألة اقتران الشرط بالعقد كان في مذهب أحمد بن حنبل، لا سيما إذا استكملنا هذا المذهب بما أضافه إليه ابن تيمية وهو من أكبر فقهائه.

فالمذهب الحنبلي، كالمذهب المالكي، تخطى مبدأ وحدة الصفقة، ولم يتقيد بهذا المبدأ كما تقيد به المذهبان الحنفي والشافعي، ومن ثم استطاع أن يسير أشواطاً بعيدة في طريق التطور.

والحنابلة، كالمالكية، الأصل عندهم في الشرط أن يكون صحيحاً ويصح معه العقد، بل هم يسيرون في هذا الأصل إلى مدى أبعد من المالكية في تصحيح الشروط. ويقع الشرط عند الحنابلة فاسداً، على سبيل الاستثناء، إذا كان ينافي مقتضى العقد، أو كان قد ورد بالنهي نص خاص.

فنستعرض في المذهب الحنبلي الشرط الصحيح، ثم الشرط الفاسد، ثم ننظر ما أضاف ابن تيمية إلى المذهب من مزيد توسعة في تصحيح الشروط.

الشرط الصحيح في مذهب الحنابلة:

الأصل في مذهب الحنابلة، كما قدمنا، هو أن يكون الشرط صحيحاً. ونساير صاحب المغني[1] في الترتيب الذي جرى عليه في استعراض الشروط:

---

(١) جاء في «المغني» (٤/ ٢٨٥): «والشروط تنقسم إلى أربعة أقسام:

أحدهما: ما هو من مقتضى العقد، كاشتراط التسليم وخيار المجلس والتقابض في الحال، فهذا وجوده كعدمه لا يفيد حكماً ولا يؤثر في العقد.

الثاني: تتعلق به مصلحة العاقدين، كالأجل والخيار والرهن والضمين والشهادة واشتراط صفة مقصودة في

أ ـ فكل شرط يقتضيه العقد صحيح، وفي هذا تتفق المذاهب الأربعة. فيصح اشتراط المشتري التسليم على البائع، والتقابض في الحال، ويصح لكل من المتعاقدين أن يشترط خيار المجلس، فكل هذه الشروط يقتضيها العقد، وهي معمول بها حتى لو لم تشترط.

ب ـ ويصح أيضاً كل شرط يلائم العقد ويكون من مصلحته فتتعلق به مصلحة المتعاقدين، كالرهن والضمين والشهادة. وفي هذا أيضاً تتفق المذاهب الأربعة.

جـ ـ ويصح أخيراً الشرط الذي ليس من مقتضى العقد ولا من مصلحته، ولكنه لا ينافي مقتضى العقد، وهنا نلحظ المدى البعيد من التطور الذي سار فيه المذهب الحنبلي كما لحظنا ذلك في مذهب مالك، وهذا خلافاً لمذهبي أبي حنيفة والشافعي. فما دام الشرط لا ينافي مقتضى العقد فهو في الأصل صحيح سواء كان العقد يقتضيه أو لا يقتضيه، وسواء لاءم مقتضى العقد أو لم يلائمه. والشرط صحيح حتى لو تضمن منفعة مطلوبة، وفي هذا يتخطى المذهب الحنبلي مبدأ وحدة الصفقة كما تخطاه المالكي، بل هو ينكر صحة الحديث الذي نهى عن بيع وشرط، ثم إنه لا حاجة في صحة الشرط إلى جريان التعامل به، خلافاً لما يذهب إليه الفقه الحنفي.

ومن ثم نرى المذهب الحنبلي، خلافاً لمذهبي أبي حنيفة والشافعي، يصحح أكثر الشروط التي فيها منفعة لأحد المتعاقدين كما يصححها المذهب المالكي. ونورد ما جاء في هذا الصدد في «الشرح الكبير على المقنع» (٤/ ٤٩ ـ ٥١): «والثالث أن يشترط نفعاً معلوماً في المبيع كسكنى الدار شهراً وحملان البعير إلى موضع معلوم، أو يشترط المشتري نفع البائع في المبيع كحمل الحطب أو تكسيره أو خياطة الثوب أو تفصيله. ويصح أن يشترط البائع نفع المبيع مدة معلومة، مثل أن يبيع داراً ويستثنى سكناها سنة، أو دابة ويشترط ظهرها إلى مكان معلوم، أو عبداً ويستثنى خدمته مدة معلومة، نص عليه أحمد، وهو قول الأوزاعي وأبي ثور وإسحاق وابن المنذر، وقال الشافعي وأصحاب الرأي لا يصح، لأنه روي أن النبي ﷺ: نهى عن بيع وشرط.. ولنا ما روى جابر أنه باع النبي ﷺ جملاً واشترط ظهره إلى المدينة... ولم يصح نهي النبي ﷺ عن بيع وشرط، وإنما نهى عن شرطين في بيع لمفهومه إباحة الشرط الواحد... ويصح أن يشترط المشتري نفع البائع في المبيع، مثل أن يشتري ثوباً، ويشترط على بائعه خياطته قميصاً، أو بغلة ويشترط حذوها نعلاً، أو حزمة حطب ويشترط حملها إلى موضع معلوم».

ويتوسع المذهب الحنبلي في إباحة الشروط في عقد الزواج بوجه خاص، ويفوق في ذلك سائر المذاهب وفيها مذهب مالك نفسه. فيجوز في الزواج من الشروط ما يكون فيه للزوجين منفعة مقصودة ما دامت لا تعارض الشرع ولا تنافي المقصود من عقد الزواج. ويقول ابن تيمية

المبيع كالصناعة والكتابة ونحوها، فهذا شرط جائز يلزم الوفاء به، ولا نعلم في صحة هذين القسمين خلافاً.

الثالث: ما ليس من مقتضاه ولا من مصلحته ولا ينافي مقتضاه، وهو نوعان: أحدهما اشتراط منفعة الباع في المبيع، فهذا قد مضى ذكره. الثاني أن يشترط عقداً في عقد...

الرابع: اشتراط ما ينافي مقتضى العقد...».

«الفتاوي» (٣/ ٣٢٧ ـ ٣٣٢ «نظرية العقد» ١٥٥) ذلك: «ويجوز أحمد أيضاً في النكاح عامة الشروط التي للمشترط فيها غرض صحيح، لما في الصحيحين عن النبي ﷺ أنه قال: إن أحق الشروط أن توفوا به ما استحللتم به الفروج». فلا يقتصر مذهب أحمد على أن يكون لكل من الزوجين أن يشترط في الآخر صفة يصح قصدها، فيشترط الزوج في زوجته البكارة أو الجمال مثلاً، وتشترط الزوجة في زوجها المال أو حرفة معينة أو مورداً معيناً من العيش. ويكون للمشترط أن يفسخ الزواج إذا فات عليه ما اشترطه، ولا فرق في هذا أن يكون المشترط هو الرجل أو المرأة، وهذا هو أصح روايتي أبي أحمد، وأصح وجهي أصحاب الشافعي وظاهر مذهب مالك (ابن تيمية: «الفتاوي» ٣/ ٣٤٦ ـ «نظرية العقد» ١٥٦ ـ ١٥٧). بل يجوز أيضاً في مذهب أحمد أن تشترط الزوجة على زوجها ألا يخرجها من بلدها، أو من دارها، أو ألا يتسرى، أو ألا يتزوج عليها، فإن لم يف لها بشرطها كان لها أن تفسخ الزواج («نظرية العقد» لابن تيمية (١٦ ـ ٢٤ ـ ١٦١ ـ ١٦٢ «والفتاوي» ٣/ ٣٢٧). وقد رأينا أن هذه الشروط غير جائزة في مذهب مالك.

الشرط الفاسد في مذهب الحنابلة:

ولا يكون الشرط فاسداً عند الحنابلة إلاّ في موضعين:

أ ـ إذا كان الشرط ينافي مقتضى العقد. مثل ذلك أن يشترط البائع على المشتري ألا يبيع ما اشتراه أو يهبه أو يعتقه، أو يشترط عليه إن أعتقه أن يكون الولاء للبائع. فهذه الشروط كلها تنافي مقتضى العقد، إذ مقتضى العقد حرية المشتري في التصرف في المبيع بعد أن صار ملكه، يبيعه أو لا يبيعه ويهبه أو لا يهبه، وإذا كان رقيقاً فأعتقه فإن الولاء يكون له هو لا للبائع لأنه هو المعتق والولاء لمن أعتق. بقي أن يشترط بائع الرقيق على مشتريه أن يعتقه، فهل يصح الشرط؟ في المذهب روايتان، إحداهما الشرط فاسد لأنه ينافي مقتضى العقد شأنه في ذلك شأن ما قدمناه من الشروط. والرواية الأخرى الشرط صحيح لحديث بريرة المعروف.

ومن الشروط التي تنافي مقتضى العقد عند الحنابلة أن يشترط المشتري إن غصبه غاصب أن يرجع البائع بالثمن. ومنها أن يشترط البائع أن يكون أحق بالمبيع بثمنه إن باعه المشتري، لأنه يكون بذلك قد اشترط ألا يبيعه من غيره إذا أعطاه ثمنه، فهو كما لو اشترط ألا يبيعه إلاّ من فلان، وهذا يقيد حرية المشتري في التصرف فينافي مقتضى العقد. وقيل أيضاً في مذهب أحمد إن هذا الشرط يتضمن شرطين، فيكون غير جائز على ما سنرى، لأن البائع شرط أن يبيعه إياه وأن يبيعه بالثمن الأول، فهما شرطان «الشرح الكبير على المقنع» (٤/ ٥٥).

وقد رأينا أن هذا الشرط غير جائز في المذهب المالكي لأنه يخل الثمن.

ومن الشروط التي تنافي مقتضى العقد أيضاً ما جاء في «الشرح الكبير على المقنع» (٤/ ٥٨): «وإذا قال بع عبدك من فلان بألف على أن علي خمسمائة فباعه بهذا الشرط، فالبيع فاسد، لأن الثمن يجب أن يكون جميعه على المشتري، فإذا شرط كون بعضه على غيره لم يصح، لأنه لا يملك المبيع والثمن على غيره ولا يشبه هذا ما لو قال: اعتق عبدك أو طلق امرأتك وعلى خمسمائة. لكون هذا عوضاً في مقابلة فك الزوجة ورقبة العبد، ولذلك لم يجز في النكاح. أما في مسألتنا فإنه معاوضة في مقابلة نقل الملك، فلا يثبت لأن العوض على غيره، وإن كان هذا القول

على وجه الضمان، صح البيع ولزم الضمان».

ولما كان الشرط الذي ينافي مقتضى العقد فاسداً، فإنه يبطل ولا يعمل به. أما حكم العقد الذي اقترن به الشرط ففيه روايتان: الأولى أن العقد صحيح، وهذا هو المنصوص عن أحمد وهو ظاهر كلام الخرقي، فيسقط الشرط ويبقى العقد، وللبائع الرجوع بما نقصه الشرط من الثمن، وللمشتري الرجوع بزيادة الثمن إن كان هو المشترط، «لأن البائع إنما سمح بالبيع بهذا الثمن لما يحصل له من الغرض بالشرط، والمشتري إنما سمح له بزيادة الثمن من أجل شرطه، فإذا لم يحصل مرضه ينبغي أن يرجع بما سمح به كما لو وجده معيباً. ويحتمل أن يثبت الخيار ولا يرجع بشيء، كمن شرط رهناً أو ضميناً فامتنع الراهن والضمين، ولأن ما ينقصه الشرط من الثمن مجهول فيصير الثمن مجهولاً، ولأن النبي ﷺ لم يحكم لأرباب بريرة بشيء مع فساد الشرط وصحة البيع» **«الشرح الكبير على المقنع»** (٤/ ٥٥). والرواية الثانية أن الشرط الفاسد يبطل البيع، «لأن الشرط إذا فسد وجب الرجوع بما نقصه الشرط من الثمن، وذلك مجهول فيصير الثمن مجهولاً، ولأن البائع إنما رضي بزوال ملكه عن المبيع بشرطه، والمشتري كذلك إذا كان الشرط له، فلو صح البيع بدونه لزال ملكه بغير رضاه، والبيع من شرطه التراضي».

«الشرح الكبير على المقنع» (٤/ ٥٤)[1].

---

(١) وننقل هنا بعض نصوص الفقه الحنبلي فيما قدمناه. جاء في **«المغني»** (٤/ ٢٨٦). «الرابع اشتراط ما ينافي مقتضى العقد، . وهو على ضربين أحدهما اشتراط ما ينى على التغليب والسراية، مثل أن يشترط البائع على المشتري عتق العبد، فهل يصح؟ على روايتين: أحدهما يصح، وهو مذهب مالك وظاهر مذهب الشافعي، لأن عائشة رضي الله عنها اشترت بريرة وشرط أهلها عليها عتقها وولاءها، فأنكر النبي ﷺ الولاء دون العتق. والثانية الشرط فاسد، وهو مذهب أبي حنيفة لأنه شرط ينافي مقتضى العقد. . . وليس في حديث عائشة أنها شرطت لهم العتق وإنما أخبرتهم بإرادتها كذلك من غير شرط فاشترطوا الولاء. . الشرط الثاني أن يشترط غير العتق، مثل أن يشترط ألا يبيع ولا يهب ولا يعتق ولا يطأ، أو يشترط عليه أن يبيعه أو يقفه، أو متى نفق المبيع وإلاّ رده، أو إن أغصبه غاصب يرجع عليه بالثمن، وإن أعتقه فالولاء له، فهذه وأشباهها شروط فاسدة. وهل يفسد بها البيع؟ على روايتين: قال القاضي المنصوص عن أحمد أن البيع صحيح وهو ظاهر كلام الخرقى ههنا، وهو قول الحسن والشعبي والنخعي والحكم وابن أبي ليلى وأبي ثور. والثانية البيع فاسد وهو مذهب أبي حنيفة والشافعي».

وجاء في **«الشرح الكبير»** على المقنع (٤/ ٥٤ ـ ٥٥). «قال ابن المنذر خبر بريرة ثابت ولا نعلم خبراً يعارضه، فالقول به يجب. فإن قيل المراد بقوله: اشترط لهم الولاء، أي عليهم بدليل أنه أمرها به ولا يأمرها بفاسد، قلنا لا يصح هذا التأويل بوجهين. أحدهما أن الولاء لها بإعتاقها فلا حاجة إلى اشتراطه. الثاني أنهم أبوا البيع إلاّ أن يشترط لهم الولاء فكيف يأمرها بما علم أنهم لا يقبلونه منها. وأما أمرها بذلك فليس هو أمراً على الحقيقة، وإنما هو صيغة الأمر بمعنى التسوية بين الاشتراط وتركه، كقوله تعالى: ﴿ٱسْتَغْفِرْ لَهُمْ أَوْ لَا تَسْتَغْفِرْ لَهُمْ﴾ [التوبة: ٨٠]، وقوله: ﴿فَٱصْبِرُوٓاْ أَوْ لَا تَصْبِرُواْ﴾ [الطور: ١٦]، والتقدير اشترطي لهم الولاء أو لا تشترطي، ولهذا قال عقيبه فإنما الولاء لمن أعتق. . . إلاّ إذا شرط العتق، ففي صحته، روايتان. أحدهما يصح وهو مذهب مالك وظاهر مذهب الشافعي، لأن عائشة اشترت بريرة وشرط عليها أهلها عتقها وولاءها، فأنكر النبي ﷺ شرط الولاء دون العتق. والثانية الشرط فاسد، وهو مذهب أبي حنيفة، لأنه شرط ينافي مقتضى العقد أشبه ما لو

ونرى مما تقدم أن المذهب الحنبلي والمذهب المالكي لا يختلفان كثيراً في الشرط الذي ينافي مقتضى العقد، ففي كلا المذهبين الشرط فاسد. ولكن مذهب مالك يتدرج في ترتيب الجزاء على هذا الشرط الفاسد، فتارة يبطل الشرط والعقد معاً، وطوراً يبطل الشرط ويستبقي العقد صحيحاً، وثالثة يبطل الشرط والعقد معاً إلاّ إذا نزل المشترط عن شرطه فيسقط الشرط ويبقى العقد، وقد مر ذكر ذلك.

ب ـ ويكون الشرط فاسداً أيضاً إذا ورد في النهي عنه نص خاص. وقد نهى النبي ﷺ عن بيعتين في بيعة وعن شرطين في بيع وعن بيع وسلف، وقال عليه السلام: «لا يحل سلف وبيع، ولا شرطان في بيع، ولا بيع ما ليس عندك». فهناك إذن نص خاص في النهي عن الجمع بين شرطين في العقد، وفي النهي عن الجمع بين بيع وسلف.

أما الجمع بين شرطين في العقد فممنوع في مذهب أحمد كما قدمنا. والشرطان المنهي عنهما هما الشرطان اللذان فيهما منفعة لأحد المتعاقدين دون أن يقتضيهما العقد أو يلائماه، ولو انفرد أي منهما كان صحيحاً. مثل ذلك من اشترى ثوباً واشترط على البائع خياطته وقصارته، أو طعاماً واشترط طحنه وحمله. فاجتماع الشرطين في العقد يبطل الكل: الشرطان باطلان والعقد باطل. أما إن شرط شرطين أو أكثر من مقتضى العقد أو مما يلائم العقد، مثل أن يبيعه بشرط الرهن أو الضمين وبشرط أن يسلم إليه المبيع أو الثمن، فهذا لا يؤثر في العقد وإن كثر[1].

وأما الجمع بين بيع وسلف فممنوع أيضاً. ومعناه في مذهب أحمد أن يشرط أحد المتعاقدين على المتعاقد الآخر عقداً ثانياً مستقلاً في مقابل العقد الأول، وليس معناه مجرد اجتماع صفقتين في عقد واحد. فقد قدمنا أن مجرد اجتماع صفقتين في عقد واحد يجوز كما إذا اشترط سكنى الدار أو حمل الحطب أو خياطة الثوب. وقد جاء في «المغني» (٤/ ٢٨٥): «والثاني أن يشترط عقداً في عقد، نحو أن يبيعه شيئاً بشرط أن يبيعه شيئاً آخر أو يشتري منه أو يؤجره أو يزوجه أو يسلفه أو يصرف له الثمن أو غيره، فهذا شرط فاسد يفسد به البيع، سواء اشترطه البائع أو المشتري». ثم جاء في (٢٩٠ ـ ٢٩١): ولو باعه بشرط أن يسلفه أو يقرضه، أو شرط المشتري ذلك عليه، فهو محرم والبيع باطل. وهذا مذهب مالك والشافعي ولا أعلم فيه خلافاً، إلاّ أن مالكاً قال إن ترك مشترط السلف السلف صح البيع. ولنا ما روى عبد الله بن عمر أن النبي ﷺ نهى عن ربح ما لم يضمن وعن بيع ما لم يقبض وعن بيعتين في بيعة وعن شرطين في بيع وعن بيع

شرط ألا يبيعه، ولأنه شرط إزالة ملكه عنه أشبه ما إذا اشترط أن يبيعه، وليس في حديث عائشة أنها شرطت لهم العتق، إنما أخبرتهم أنها تريد ذلك من غير شرط فاشترطوا ولاءها».

(١) «الشرح الكبير» على المقنع (٤/ ٥٢ ـ ٥٣) وقد جاء فيه (٥٣) بعد ذلك: «ولم يفرق الشافعي وأصحاب الرأي بين الشرط والشرطين، ورووا أن النبي ﷺ نهى عن بيع وشرط، ولأن الصحيح لا يؤثر في البيع وإن كثر والفاسد يؤثر فيه وإن اتحد. والحديث الذي رويناه يدل على الفرق، ولأن الغرر اليسير إذا احتمل في العقد لا يلزم احتمال الكثير، وحديثهم ليس له أصل وقد أنكره أحمد ولا نعرفه مروياً في مسند فلا يعول عليه».

وسلف. أخرجه أبو داوود والترمذي وقال حديث حسن صحيح، وفي لفظ لا يحل بيع وسلف. ولأنه اشترط عقداً في عقد ففسد كبيعتين في بيعة، ولأنه إذا اشترط القرض زاد في الثمن لأجله فتصير الزيادة في الثمن عوضاً عن القرض وربحاً له وذلك ربا محرم، ففسد كما لو صرح به، ولأنه بيع فاسد فلا يعود صحيحاً كما لو باع درهماً بدرهمين ثم ترك أحدهما. هذا ويحتمل أن يبطل الشرط وحده، ولكن المشهور في مذهب أحمد أن هذا الشرط فاسد يبطل العقد.

ويبدو أن المذهب الحنبلي، في منعه الجمع بين شرطين في العقد والجمع بين بيع وسلف، إنما يحتفظ ببقايا من مبدإ وحدة الصفقة، كما فعل المذهب المالكي في منعه الجمع بين بيع وسلف. وإنما تخطى المذهبان الحنبلي والمالكي مبدأ وحدة الصفقة في البيع والشرط الواحد لأن خطب الشرط الواحد يسير، وهو تابع للعقد ومتمم له، فلا يخل بوحدته خللاً جسيماً، أما إذا كان لتعدد الصفقة مظهر أوضح، بأن اجتمع في العقد شرطان لا شرط واحد عند أحمد أو بأن اجتمعت صفقتان متقابلتان في عقد واحد عند أحمد ومالك، فهذا تعدد جسيم في الصفقة لا يجوز احتماله. وما احتمل منه اليسير لا يحتمل منه الكثير.

فالمذهبان المالكي والحنبلي وقفا جامدين هنا، ولم يتخطيا مبدأ وحدة الصفقة تخطياً تاماً ولم يجيزا تعدد الصفقة في صورته السافرة. وننظر الآن ماذا فعل ابن تيمية.

استكمال المذهب الحنبلي بأقوال ابن تيمية:

يقول ابن تيمية: «إن الأصل في العقود والشروط الجواز والصحة، ولا يحرم ويبطل منها إلاّ ما دل على تحريمه وإبطاله نص أو قياس عند من يقول به، وأصول أحمد رضي الله عنه المنصوصة يجري أكثرها على هذا القول، ومالك قريب منه، لكن أحمد أكثر تصحيحاً للشروط، فليس في الفقهاء الأربعة أكثر تصحيحاً للشروط منه» «فتاوي ابن تيمية» (٣/ ٣٢٦ ـ ٣٢٩ وما بعدها).

ويستدل ابن تيمية لصحة ما يقول بالنقل والعقل. أما النقل فلقوله تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ أَوْفُواْ بِٱلْعُقُودِ﴾ [المائدة: ١]، ولقوله عليه السلام: «المسلمون على شروطهم، إلاّ شرطاً حرم حلالاً أو أحل حراماً». وأما العقل فإنه يقول: «إن العقود والشروط من باب الأفعال العادية ـ أي ليست من العبادات ـ والأصل فيها عدم التحريم فيستصحب عدم التحريم فيها حتى يدل دليل على التحريم. كما أن الأعيان الأصل فيها عدم التحريم، وقوله تعالى: ﴿وَقَدْ فَصَّلَ لَكُم مَّا حَرَّمَ عَلَيْكُمْ﴾ [الأنعام. ١١٩] عام في الأعيان والأفعال. إذا لم تكن حراماً لم تكن فاسدة، لأن الفساد إنما لم ينشأ من التحريم، وإذا لم تكن فاسدة كانت صحيحة. «الفتاوي» (٣/ ٣٣٤). فالوفاء بالشرط إذن واجب بالنقل والعقل، وبخاصة بعد أن رضيها المتعاقد مختاراً، فإن الأصل في العقود رضا المتعاقدين، ونتيجتها هي ما أوجباه على نفسيهما بالتعاقد، لقوله تعالى: ﴿إِلَّآ أَن تَكُونَ تِجَٰرَةً عَن تَرَاضٍ﴾ [النساء: ٢٩]، وقال: ﴿فَإِن طِبْنَ لَكُمْ عَن شَيْءٍ مِّنْهُ نَفْسًا فَكُلُوهُ هَنِيٓـًٔا مَّرِيٓـًٔا﴾ [النساء: ٤]، فعلق جواز الأكل بطيب النفس تعليق الجزاء بشرطه، فدل على أنه سبب له. وإذا كان طيب النفس هو المبيح للصداق. فكذلك سائر التبرعات، قياساً بالعلة المنصوصة التي دل عليها القرآن، وكذلك قوله تعالى: ﴿إِلَّآ أَن تَكُونَ تِجَٰرَةً عَن تَرَاضٍ مِّنكُمْ﴾ [النساء: ٢٩] لم يشترط في التجارة إلاّ التراضي وذلك يقتضي أن التراضي هو المبيح للتجارة، وإذا كان كذلك، فإذا تراضى المتعاقدان،

أو طابت نفس المتبرع يتبرع، **ثبت حله بدلالة القرآن، إلاّ أن يتضمن ما حرمه الله ورسوله كالتجارة** في الخمر ونحو ذلك «**الفتاوي**» (٣/ ٣٣٦ ـ ٣٣٧).

ويستخلص ابن تيمية من هذه المقدمات أن **الأصل في الشرط أن يكون صحيحاً ويصح معه** العقد، سواء كان ذلك في **المعاوضات أو في التبرعات. ففي المعاوضات يجوز للبائع أن يشترط** منفعة المبيع كأن يسكن الدار شهراً **أو ينتفع بزراعة الأرض سنة، ويجوز للمشتري أن يشترط على** البائع أن **يخيط له الثوب أو يحمل المبيع إلى داره أو يحصد الزرع، ويجوز أن يشترط البائع إذا باع** الرقيق أن يعتقه المشتري، **ولكن لا يجوز أن يشترط البائع أن يكون الولاء له عند الإعتاق لأن هذا** شرط يحلل حراماً. **وفي التبرعات يجوز لمن أعتق عبداً أن يشترط عليه أن يخدمه طول حياته،** حياة العبد أو السيد، **وقد ورد أن أم سلمة أعتقت عبدها سفينة واشترطت عليه أن يخدم** الرسول ﷺ ما عاش «**الفتاوي**» (٣/ ٣٢٧). **ويجوز للواهب أو الواقف أن يشترط لنفسه منفعة ما** يهبه أو يقفه مدة معينة أو طول حياته «**نظرية العقد لابن تيمية**» (١٦) ـ «**الفتاوي**» (٣/ ٣٨٩ ـ ٣٩٠)، بل يصح **أن تكون المنفعة التي استثناها المتبرع وأضافها لنفسه منفعة غير معلومة، إذ يجوز** في التبرعات من الغرر **ما لا يجوز في المعاوضات كما تقدم القول. وفي هذا يقول ابن تيمية:** «يجوز لكل من أخرج عيناً **عن ملكه بمعاوضة كالبيع والخلع، أو تبرع كالوقف والعتق، أن يستثني** بعض منافعها. فإن كان **مما لا يصح فيه الغرر كالبيع. فلا بد أن يكون المستثنى معلوماً لما روي** عن جابر. وإن لم يكن **كذلك كالعتق والوقف، فله أن يستثني خدمة العبد ما عاش عبده أو عاش** فلان، أو يستثني غلة **الوقف ما عاش الواقف** (**«الفتاوي»** ٣/ ٣٤٢ ـ ٣٤٣).

ويبني ابن تيمية **على ما تقدم أن الشرط لا يفسد إلاّ على سبيل الاستثناء، وفي موضعين:**

الأول: إذا كان الشرط **ينافي المقصود من العقد، مثل أن يشترط البائع على المشتري ألا** يبيع ما اشتراه أو يؤجره. **ذلك أن العقد إذا كان له مقصود يراد في جميع صوره، ثم شرط العاقد** فيه ما ينافي هذا المقصود، **فقد جمع بين المتناقضين، بين إثبات المقصود ونفيه، فمثل هذا الشرط** باطل، ويقول ابن **تيمية في تفسيره للمعنى المراد بالشرط الذي ينافي المقصود في العقد وفي تمييزه** بين هذا الشرط والشرط **الذي يناقض الشرع، ما يأتي: «إن العقد له حالان، حال إطلاق وحال** تقييد، ففرق بين **العقد المطلق وبين المعنى المطلق من العقود. فإذا قيل هذا شرط ينافي مقتضى** العقد، فإن أريد به **ينافي العقد المطلق فكذلك كل شرط زائد وهذا لا يضره، وإن أريد به ينافي** مقتضي العقد المطلق **والمقيد احتاج إلى دليل على ذلك. وإنما يصح هذا إذا أتى في مقصود** العقد، فإن أريد **به ينافي العقد المطلق فكذلك كل شرط زائد وهذا لا يضره، وإن أريد به ينافي** مقتضى العقد المطلق **والمقيد احتاج إلى دليل على ذلك. وإنما يصح هذا إذا أتى في مقصود** العقد، فإن العقد **إذا كان له مقصود يراد في جميع صوره وشرط فيه ما ينافي ذلك المقصود، فقد** جمع بين المتناقضين، **بين إثبات المقصود ونفيه، فلا يحصل شيء. ومثل هذا الشرط باطل** بالاتفاق، بل هو مبطل **للعقد عندنا. والشروط الفاسدة قد تبطل لكونها قد تنافي مقصود الشارع،** مثل اشتراط الولاء لغير المعتق، **فإن هذا لا ينافي مقتضى العقد ولا مقصوده فإن مقصوده الملك،** والعتق قد يكون مقصوداً للعقد **فإن اشتراء العبد لعتقه يقصد كثيراً. فثبوت الولاء لا ينافي مقصود**

العقد. وإنما ينافي كتاب الله وشرطه كما بينه النبي ﷺ بقوله: كتاب الله أحق، وشرط الله أوثق. فإذا كان الشرط منافياً لمقصود العقد كان العقد لغواً، وإذا كان منافياً لمقصود الشارع كان مخالفاً لله ورسوله. فأما إذا لم يشتمل على واحد منهما، إذا لم يكن لغواً ولا اشتمل على ما حرمه الله ورسوله، فلا وجه لتحريمه حله، لأنه عمل مقصود للناس يحتاجون إليه، إذ لولا حاجتهم إليه لما فعلوه، فإن الإقدام على الفعل مظنة الحاجة إليه، ولم يثبت تحريمه فيباح لما في الكتاب والسنة مما يرفع الحرج.

الثاني: الشرط الذي يناقض الشرع فيحل الحرام، ويبدو أن ابن تيمية يبدأ بالتمييز بين منطقة الحرام ومنطقة المباح. فلا يستطيع الشرط في منطقة الحرام أن يجعل الحرام حلالاً، بل كل ما كان حراماً يدون الشرط فالشرط لا يبيحه، كالزنا وكثبوت الولاء لغير المعتق. وأما ما كان مباحاً بدون الشرط، كالزيادة في مهر المثل وكالتبرع برهن لتوثيق الثمن، فيصح أن يوجب الشرط فعله بعد أن كان تركه مباحاً، بل كان تركه هو الأصل المعمول به ما دام الشرط الموجب لفعله لم يوجد، وليس في ذلك تحريم للحلال أو تحليل للحرام، فيكون الشرط الموجب لفعل المباح شرطاً مشروعاً، ومن ثم يكون صحيحاً. ويقول ابن تيمية في هذا المعنى ما يأتي: فإن المشترط ليس له أن يبيح ما حرمه الله... وإنما المشترط له أن يوجب بالشرط ما لم يكن واجباً بدونه، فمقصود الشروط وجوب ما لم يكن واجباً ولا حراماً... وكل شرط صحيح فلا بد أن يفيد وجوب ما لم يكن واجباً... وكذلك إذا اشترط صفة في المبيع أو رهناً، أو اشترطت المرآة زيادة على مهر مثلها، فإنه يجب ويحرم ويباح بهذا الشرط ما لم يكن كذلك. وهذا المعنى هو الذي أوهم من اعتقد أن الأصل فساد الشروط، قالوا لأنها إما أن تبيح حراماً أو تحرم حلالاً أو توجب ساقطاً أو تسقط واجباً، وذلك لا يجوز إلاّ بإذن الشارع... وليس كذلك، بل كل ما كان حراماً بدون الشرط فالشرط لا يبيحه، كالزنا وكالوطء في ملك الغير وكثبوت ولاء لغير المعتق، فإن الله حرم الوطء إلاّ بملك نكاح أو يمين، فلو أراد رجل أن يعير أمته للوطء. لم يجز له ذلك، بخلاف إعارتها للخدمة فإنه جائز. وكذلك الولاء نهى النبي ﷺ عن بيع الولاء وعن هبته، وجعل الله الولاء كالنسب يثبت للمعتق كما يثبت النسب للوالد... فهذا أمر لا يجوز فعله بغير شرط فلا يبيح الشرط ما كان حراماً. وأما إذا كان مباحاً بدون الشرط فالشرط يوجبه، كالزيادة في المهر والثمن والمثمن والرهن...

ونرى من ذلك أن ابن تيمية لا يجعل الشرط فاسداً إلاّ إذا كان منافياً للمقصود من العقد وهذا طبيعي، وإلاّ إذا كان مناقضاً للشرع فيحل حراماً وهذا أشبه في الفقه الغربي بالشرط الذي يخالف القانون أو النظام العام. ولم يعرض ابن تيمية لتحريم اجتماع الشرطين ولا لتحريم اجتماع البيعتين في بيعة أو اجتماع البيع والسلف. ومن ثم يكون تطور الفقه الإسلامي في تصحيح الشروط قد وصل على يد ابن تيمية إلى غاية تقرب مما وصل إليه الفقه الغربي الحديث.

٥ ـ مقارنة ما بين المذاهب الأربعة في تصحيح الشروط المقترنة بالعقد

مقارنة إجمالية:

يتبين مما قدمناه أن المذاهب الأربعة، من ناحية تصحيح الشروط المقترنة بالعقد، يمكن

تقسيمها إلى قسمين رئيسين:

١ ـ قسم يضيق في تصحيح الشروط ويلتزم مبدأ وحدة الصفقة، فلا يبيح إلاّ شرطاً اقتضاه العقد او لاءم العقد أو جرى به التعامل، وهذان هما المذهب الحنفي والمذهب الشافعي[١].

٢ ـ وقسم يتوسع في تصحيح الشروط ولا يلتزم مبدأ وحدة الصفقة، فيبيح الشروط ما لم تكن منافية لمقتضى العقد أو مناقضة للشرع، وهذان هما المذهب المالكي والمذهب الحنبلي.

فتطور الفقه الإسلامي نحو تصحيح الشروط، ونبذ مبدأ وحدة الصفقة الذي كان أساساً من أسس الصناعة القانونية في المراحل الأولى من تطور القانون، أوضح وأبرز في القسم الثاني منه في القسم الأول. على أنه يبدو لنا أن المذهب الحنفي على ضيقه في تصحيح الشروط وتأخره في التطور من هذه الناحية، هو أكثر المذاهب تقدماً من ناحية تنسيق الصناعة القانونية، فنظريته في فساد العقد تفوق في وضوحها وتسلسلها المنطقي نظائرها في المذاهب الأخرى.

مقارنة تفصيلية:

على أن هناك فروقاً تفصيلية ما بين المذهب الحنفي ومذهب الشافعي اللذين ينتظمهما القسم الأول، وكذلك ما بين المذهب المالكي والمذهب الحنبلي اللذين ينتظمهما القسم الثاني.

---

(١) على أن المذهب الذي يحتفظ بمبدأ وحدة الصفقة كاملاً، فلا يبيح الشروط إلاّ في أضيق الحدود، ولا يصحح منها إلاّ ما ورد نص بحصته، هو مذهب الظاهرية. جاء في «المحلى» لابن حزم (٨/ ٤١٢ ـ ٤١٣): «فإن ذكر الشرط في حال عقد البيع، فالبيع باطل مفسوخ والشرط باطل، أي بشرط كان لا تحاش شيئاً، إلاّ سبعة شروط فقط فإنها لازمة والبيع صحيح إن اشترطت في البيع، وهي: اشتراط الرهن فيما تبايعاه إلى أجل مسمى، واشتراط تأخير الثمن... إلى أجل مسمى، واشتراط أداء الثمن إلى الميسرة وإن لم يذكرا أجلاً، واشتراط صفات المبيع التي يتراضيانها معاً... واشتراط ألا خلابة، وبيع العبد أو الأمة فيشترط المشتري ما لهما أو بعضه.. وبيع أصول نحل فيها ثمرة قد أبرت قبل الطيب أو بعده فيشترط المشتري الثمرة لنفسه... فهذه، ولا مزيد. وسائرها باطل كما قدمنا، كمن باع مملوكاً بشرط العتق أو أمة بشرط الإيلاد أو دابة واشترط ركوبها مدة مسماة... أو داراً واشترط سكناها... وأما تصحيحنا الشروط السبعة التي ذكرنا فإنها منصوص على صحتها.. فأما اشتراط الرهن في البيع إلى أجل غير مسمى، فلقوله تعالى: ﴿وَلَمْ تَجِدُوا كَاتِبًا فَرِهَٰنٌ مَّقْبُوضَةٌ﴾ [البقرة: ٢٨٣] وأما اشتراط تأخير الثمن إلى أجل مسمى، فلقول الله تعالى: ﴿إِذَا تَدَايَنتُم بِدَيْنٍ إِلَىٰٓ أَجَلٍ مُّسَمًّى فَاكْتُبُوهُ﴾ [البقرة: ٢٨٢] وأما اشتراطه ألا خلابة فقد ذكر الخبر في ذلك.. وأما اشتراط الصفات.. فلقول الله تعالى: ﴿و لَا تَأْكُلُوٓا أَمْوَٰلَكُم بَيْنَكُم بِالْبَٰطِلِ إِلَّآ أَن تَكُونَ تِجَٰرَةً عَن تَرَاضٍ مِّنكُمْ﴾ [النساء: ٢٩]، فنص تعالى على التراضي منهما والتراضي لا يكون إلاّ على صفات المبيع وصفات الثمن ضرورة ـ وأما اشتراط الثمن إلى الميسرة، فلقوله تعالى: ﴿وَإِن كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَىٰ مَيْسَرَةٍ﴾ [البقرة: ٢٨٠] ... وأما مال العبد والأمة واشتراطه، واشتراط ثمر النخل المؤبر، فلما رويناه.. أن رسول الله ﷺ قال: «من باع عبداً وله مال فماله للبائع إلاّ أن يشترطه المبتاع. ومن باع نخلاً قد أبرت فثمرتها للبائع إلاّ أن يشترطها المبتاع»، ولا يخفى أن من الشروط السبعة المصححة التي ذكرها ابن حزم ما هو أجل وما هو شرط تعليق وما هو صفة في المحل وليست كلها شروطاً مقترنة بالعقد على المعنى الذي سبق أن أوردناه.

فالمذهب الحنفي ومذهب الشافعي يبيحان جميعاً الشرط الذي يقتضيه العقد. ويبيحان كذلك الشرط الذي يلائم العقد، إلاّ أن المذهب الحنفي يبيحه استثناء على سبيل الاستحسان، ومذهب الشافعي يبيحه أصلاً لا استثناء. ثم يتميز المذهب الحنفي على مذهب الشافعي بإفساحه المجال للشرط الذي جرى به التعامل، ويبيحه استحساناً كذلك، فيدخل العرف من هذا الباب عنصراً مرناً يطور الفقه الإسلامي. أما مذهب الشافعي فلا تكاد تلمح فيه باب جريان التعامل مفتوحاً، وإنما يتحدث المذهب عن شرط تدعو إليه الحاجة فهو شرط لمصلحة العقد، ويمزج بينه وبين الشرط الذي يلائم العقد. ولكن مذهب الشافعي، من جهة أخرى، يصحح شروطاً لا يصححها المذهب الحنفي، من ذلك اشتراط بائع الرقيق على مشتريه أن يعتقه، ومن ذلك ما يشترط الزوج في زوجته من بكارة أو جمال أو غير ذلك، وما تشترط الزوجة في زوجها من مال أو حرفة أو مورد للعيش[1].

أما المذهبان المالكي والحنبلي فيصدران جميعاً عن مبدأ واحد. هو أن الأصل في الشروط الصحة والفساد هو الاستثناء، فينبذان بذلك إلى حد كبير مبدأ وحدة الصفقة[2]. وقد يزيد المذهب الحنبلي على المذهب المالكي في تصحيح الشروط، كما أشار إلى ذلك ابن تيمية حين قال: «وأصول أحمد رضي الله عنه المنصوصة يجري أكثرها على هذا القول، ومالك قريب منه، لكن أحمد أكثر تصحيحاً للشروط، فليس في الفقهاء الأربعة أكثر تصحيحاً للشروط منه». فيجوز في مذهب أحمد مثلاً أن تشترط الزوجة على زوجها ألا يخرجها من بلدها أو من دارها، أو ألا يتسرى، أو ألا يتزوج عليها، فإن لم يف لها بشرطها كان لها أن تفسخ الزواج. وهذه الشروط غير جائزة في مذهب مالك.

ولكن التميز الحقيقي للمذهب الحنبلي على المذهب المالكي ليس في الشروط الصحيحة، وإنما هو الشروط الفاسدة، على أننا إذا أخذنا المذهب الحنبلي كما كان قبل أن يجدد فيه ابن تيمية، لما كاد يتميز عن المذهب المالكي في ذلك. ففي المذهبين يفسد الشرط إذا كان مناقضاً لمقتضى العقد، أو كان صفقة أخرى تقابل الصفقة الأصلية كبيع وسلف، فيخل الشرط بالثمن كما يقول المذهب المالكي، أو ينهي عن الشرط نص خاص كما يقول المذهب الحنبلي. وفي هذا

---

(١) ولعل الأستاذ زكي الدين شعبان قد قسا على مذهب الشافعي عندما قارنه بالمذهب الحنفي على الوجه الآتي: «الحنفية باعتمادهم العرف في صحة الشروط التي لا يقتضيها العقد قد فتحوا جزءاً كبيراً من باب الشروط أمام المتعاقدين . . . والشافعية بتمسكهم بمقتضى العقد، وتشددهم في ذلك، وإبطالهم كل شرط لا يوافق ذلك المقتضى ـ وإن كان لا يخالفه ـ وإفسادهم الشروط المتعارفة، قد ضيقوا من باب الشروط أكثر من غيرهم، حتى إنه يمكننا القول بأن الشافعية يقتربون من الظاهر في هذه المسألة» (رسالة الأستاذ زكي الدين المخطوطة (١٠٥).

(٢) ويقول الأستاذ زكي الدين شعبان في رسالته المخطوطة (١٠٥): «والمالكية والحنابلة بتصحيحهم الشروط التي لا تظهر منافاتها لمقتضى العقد ـ وإن كانت لا توافق ذلك المقتضى ـ قد وسعوا دائرة الشروط الصحيحة».

النوع الثاني من الشرط الفاسد نلمح في المذهبين أثراً لمبدأ وحدة الصفقة، فهما يستبقيان هذا المبدأ في صورة من صوره، بل إن المذهب الحنبلي يزيد على المذهب المالكي بتحريم اجتماع الشرطين في عقد واحد. أما إذا أخذنا المذهب الحنبلي بعد تجديد ابن تيمية، فإننا نراه يتقدم تقدماً كبيراً في التطور، فينبذ مبدأ وحدة الصفقة، ويضيق من منطقة الشروط الفاسدة، فلا يكون الشرط فاسداً إلاّ إذا كان منافياً لمقتضى العقد، أو إلاّ إذا كان مناقضاً للشرع أي إلاّ إذا كان مخالفاً للقانون أو للنظام العام أو للآداب.

فيقترب المذهب الحنبلي على هذا النحو كثيراً من الفقه الغربي، ففي الفقه الغربي كل شرط يقترن بالعقد يكون صحيحاً إلاّ إذا كان شرطاً مستحيلاً أو شرطاً يخالف القانون أو النظام العام أو الآداب فيلغو الشرط ويصح العقد، ما لم يكن الشرط هو الدافع إلى التعاقد فيبطل العقد أيضاً. فالفقه الغربي كما نرى قد تحرر نهائياً من ربقة مبدأ وحدة الصفقة الذي كان يسود الصناعة القانونية في المراحل الأولى من تطور القانون. ويكاد يضاهيه في ذلك المذهب الحنبلي، فقد تطور تطوراً كبيراً، وبخاصة على يد ابن تيمية كما سبق القول.

أما بلوغ التطور إلى غايته القصوى، وإباحة الشروط المقترنة بالعقد إباحة عامة إلاّ إذا كانت مخالفة للقانون أو النظام العام أو الآداب، ونبذ مبدأ وحدة الصفقة نبذاً تاماً باعتباره من مخلفات الصناعة القانونية القديمة وقد تخطته النظم القانونية الحديثة، فنرى ذلك كله في تعديل سبق أن أدخل على مجلة الأحكام العدلية في عهد العثمانيين[(١)]، ثم نراه في صورة أكثر بروزاً في التقنين المدني العراقي الجديد، حيث تنص المادة ١٣١ منه على ما يأتي:

١ - يجوز أن يقترن العقد بشرط يؤكد مقتضاه أو يلائمه أو يكون جارياً به العرف والعادة.

٢ - كما يجوز أن يقترن بشرط فيه نفع لأحد العاقدين أو للغير، إذا لم يكن ممنوعاً قانوناً أو مخالفاً للنظام العام أو للآداب، وإلاّ لغى الشرط وصح العقد، ما لم يكن الشرط هو الدافع إلى التعاقد فيبطل العقد أيضاً».

المطلب الثاني
الربا

نبدأ بتحديد منطقة الربا في الفقه الإسلامي في شيء من الإيجاز. ثم نستعرض الاتجاهات المختلفة التي عملت على التضييق من هذه المنطقة. ونخلص من ذلك إلى بيان ما ينبغي أن يكون

---

(١) وكان ذلك بإدخال مادة جديدة على الوجه الآتي: «البيع بشرط يعود نفعه على أحد العاقدين صحيح، والشراء معتبر. فإذا باع البائع فرساً على أن يركبها مدة كذا، أو اشترى المشتري شيئاً مقابل سكنى داره المعلومة، فذلك البيع صحيح والشرط معتبر». وجاء في المذكرة التفسيرية. «أن تقييد البيع بشرط (بعلى)، كما أنه لا يجوز عند الحنفية. كذلك لم تجزه المالكية (؟) والشافعية. وفي زماننا هذا نرى أن البيوع تعقد خلافاً لهذه المذاهب الثلاثة، فوجب القول بما تقول به الحنابلة لتقريب أعمال الناس إلى الجواز ما استطعنا إلى ذلك سبيلا».

عليه موقف الفقه الإسلامي من هذه المسألة الخطيرة في العصر الحاضر.

١ ـ تحديد منطقة الربا في الفقه الإسلامي

الربا في عرف الشرع نوعان: ربا الفضل وربا النساء أو النسيئة.

ولتحديد منطقة الربا في الفقه الإسلامي نستعرض أموراً ثلاثة:

أولاً: تعيين الأموال التي يدخل فيها الربا، أي الأموال الربوية.

ثانياً: تحديد ربا الفضل.

ثالثاً: تحديد ربا النسيئة.

أولاً: تعيين الأموال الربوية

الحديث الشريف هو مصدر تعيين الأموال الربوية:

لم يرد تعيين الأموال الربوية في القرآن الكريم، وإنما ورد تعيينها في حديث عن النبي عليه الصلاة والسلام، رواه محمد عن أبي حنيفة عن عطية العوفي عن أبي سعيد الخدري عن رسول الله ﷺ أنه قال: «الذهب بالذهب، مثلاً بمثل، يداً بيد، والفضل ربا. والفضة بالفضة، مثلاً بمثل، يداً بيد، والفضل ربا. والحنطة بالحنطة، ومثلاً بمثل، يداً بيد، والفضل ربا. والملح بالملح، مثلاً بمثل، يداً بيد، والفضل ربا. والشعير بالشعير، مثلا بمثل، يداً بيد، والفضل ربا. والتمر بالتمر، مثلاً بمثل، يداً بيد، والفضل ربا. فإذا اختلفت الأصناف، فبيعوا كيف شئتم إذا كان يداً بيد».

ويقول السرخسي في «**المبسوط**» (١٢/ ١١٠ ـ ١١١) في تفسير هذا الحديث: «أما تفسير قوله ﷺ الذهب بالذهب، أي بيع الذهب بالذهب، أو بيعوا الذهب بالذهب... وقوله مثل بمثل، روي بالرفع والنصب، فمعنى الرواية بالرفع بيع الذهب بالذهب مثل بمثل، ومعنى الرواية بالنصب بيعوا الذهب بالذهب مثلاً بمثل. والمراد به المماثلة في القدر دون الصفة... وفي حديث عبادة بن الصامت رضي الله عنه قال تبره وعينه سواء فهذا تنصيص على أن المراد المماثلة في الوزن دون الصفة، لأن التبر لا يساوي العين في الصفة، وإنما يساويه من حيث المقدار. وقوله يداً بيد، يجوز أن يكون المراد به عين بعين لأن التعيين يكون بالإشارة باليد، ويجوز أن يكون المراد قبض بقبض لأن القبض يكون باليد... ولكن الأصح أن يكون المراد التعيين. لأنه لو كان المراد به القبض لقال من يد إلى يد لأنه يقبض من يد غيره، فعرفنا أن المراد التعيين. إلاّ أن التعيين في النقود لا يتم إلاّ بالقبض لأنها لا تتعين في العقود بالإشارة، فكان اشتراط القبض لتحقيق التعيين المنصوص عليه... وقوله والفضل ربا، يحتمل الفضل في القدر، ويحتمل الفضل في الحال بأن يكون أحدهما نقداً والآخر نسيئة، وكل واحد منها مراد باللفظ. وقوله ربا، أي حرام، أي فضل خال عن العوض والمقابلة، إما متيقناً به عند فضل القدر، أو موهوم الوجود عادة لتفاوت بين النقدين والنسبة في المالية ـ وكذلك تفسير قوله الفضة بالفضة ـ فأما قوله الحنطة مثل بمثل، يحتمل

المماثلة في الكيل، ويحتمل المماثلة في الصفة، ولكنه في كتاب الصرف ذكر مكان قوله مثلاً بمثل «كيلا بكيل». فتبين أن المراد المماثلة من حيث القدر. وفي حديث عبادة بن الصامت رضي الله تعالى عنه قال جيدها ورديها سواء، فهو بيان أن المراد المماثلة في القدر. وقوله يداً بيد، معناه عندنا عين بعين، ولهذا لا يشترط التقابض في بيع الحنطة بالحنطة لأن التعيين فيها يتم بالإشارة. وقوله والفضل ربا، يحتمل الفضل في القدر، ويحتمل الفضل في الحال، وكل واحد منهما مراد، وقد فسر ذلك في حديث عبادة بن الصامت رضي الله تعالى عنه فقال من زاد أو ازداد فقد أربى. وكذلك الشعير والتمر والملح».

امتداد منطقة الربا إلى غير هذه الأموال الستة:

والظاهرية يقصرون الأموال الربوية على هذه الأموال الستة التي وردت في الحديث الشريف: الذهب والفضة والحنطة والشعير والتمر والملح.

ولكن جمهور الفقهاء لا يقفون عند هذه الأموال الستة، بل يبحثون عن المعنى الذي يتعدى به الحكم إلى غيرها من الأموال. إذ ليس في الحديث أن مال الربا ستة أشياء. ولكن ذكر حكم الربا في الأشياء الستة، وفائدة تخصيص هذه الأشياء بالذكر أن عامة المعاملات يومئذٍ كان بها.

ثم اختلفوا بعد ذلك في المعنى الذي يتعدى به إلى سائر الأموال.

قال الحنفية ـ وكذلك الحنابلة في ظاهر مذهبهم ـ إن العلة أو الضابط الذي تعرف به الأموال الربوية هو أمران:

١ ـ أن يكون المال مما يوزن كالذهب والفضة، أو مما يكال كالحنطة والشعير والتمر والملح. وهذا هو القدر، أي معرفة القدر عن طريق الوزن أو الكيل.

٢ ـ أن يتحد الجنس في المالية المتبادلين ـ فعند الحنفية والحنابلة إذن العلة في الأموال الربوية شطران: القدر والجنسية.

وعند الشافعية العلة في الحنطة والشعير والتمر والملح هي الطعم، وفي الذهب والفضة هي الثمنية.

وعند المالكية العلة في الذهب والفضة هي الثمنية، وفي الأشياء الأربعة الأخرى الاقتيات والادخار.

والذي برز من هذه الأقوال هو قول الحنفية بالقدر والجنسية وقول الشافعية بالطعم والثمنية. وتجري المقابلة عامة ما بين هذين القولين فنقتصر عليهما.

فعند الحنفية يجري الربا في كل مكيل أو موزون بجنسه، سواء كان مطعوماً أو غير مطعوم، وسواء كان ثمناً أو مثمناً. فيجري الربا في الحنطة والشعير والتمر والملح والأذرة والأرز والعدس، وهذه مطعومة. ويجري في الذهب والفضة، وهذان ثمنان. ويجري في الحناء والنورة والجص، وهذه غير مطعومة ولكنها مكيلة. ويجري في الحديد والرصاص والنحاس والجواهر واللآليء، وهذه غير أثمانٍ ولكنها موزونة. ويجري في اللحم والسمك والسمن والخضراوات والسكر وبعض

الفاكهة، وهذه وإن كانت مطعومة إلاّ أنها أيضاً موزونة.

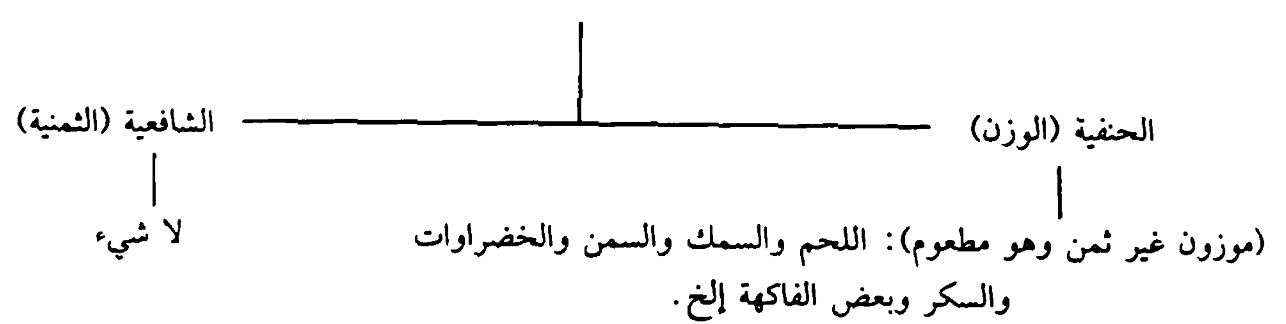
وعند الشافعية يجري الربا في كل مطعوم، سواء دخله الكيل والوزن أم لم يدخله. فيجري الربا في الحنطة والشعير والتمر والملح والأذرة والأرز والعدس، وهذه يدخلها الكيل. ويجري في اللحم والسمك والسمن والخضراوات والسكر وبعض الفاكهة، وهذه يدخلها الوزن. ويجري في البطيخ والبيض والجوز والخيار والقثاء والسفرجل والرمان، وهذه لا يدخلها كيل ولا وزن ولكنها مطعومة. وكل مطعوم يدخل فيه الربا عند الشافعي، سواء أخذ قوتاً أو أداما أو فاكهة أو دواء. ويجري الربا في الذهب والفضة لأنهما أثمان لا لأنهما موزونان، فلا يجري الربا في الحديد والرصاص والنحاس والجواهر واللآليء لأنها ليست بأثمان[1].

ونورد ما يحتج به الحنفية لمذهبهم وما يحتج به الشافعية لمذهبهم، ثم نوازن ما بين حجج الفريقين.

---

(١) ونذكر هنا، زيادة في الإيضاح، أن الحديث الشريف قد ورد فيه أولاً: «الذهب بالذهب... والفضة بالفضة». فاعتدت الحنفية فيهما بالوزن، وقاسوا عليها كل ما يوزن ولو كان غير ثمن، مطعوماً كان أو غير مطعوم. واعتدت الشافعية بالثمنية، فوقفوا عند الذهب والفضة ولم يتعدوهما ويتبيّن ذلك من الجدول الآتي:

(موزون الذهب والفضة (ثمن)

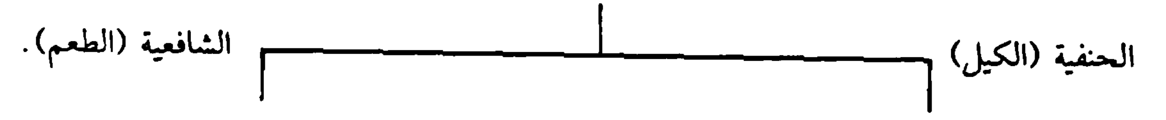


(موزون غير ثمن وهو مطعوم): اللحم والسمك والسمن والخضراوات والسكر وبعض الفاكهة إلخ.

(موزون غير ثمن ولا مطعوم): الحديد والنحاس والرصاص والجواهر واللآلىء إلخ.

ثم ورد في الحديث الشريف ثانياً: «والحنطة بالحنطة.. والملح بالملح.. والشعير بالشعير. والتمر بالتمر». فاعتدت الحنفية فيها بالكيل، وقاسوا عليها كل مكيل ولو كان غير مطعوم. واعتدت الشافعية بالطعم، فقاسوا عليها كل مطعوم ولو كان غير مكيل، موزوناً كان أو غير موزون. ويتبين ذلك من الجدول الآتي:

(مكيل) الحنطة والملح والشعير والتمر (ويقاس عليها في المذهبين: الأذرة والأرز والعدس (مطعوم)



(مكيل غير مطعوم): الحناء والنورة والجص إلخ

(مطعوم غير مكيل وهو موزون): اللحم والسمك والجص إلخ. والسمن والخضراوات والسكر وبعض الفاكهة الخ. (مطعوم غير مكيل ولا موزون): البطيخ والرمان والسفرجل والقثاء والخيار والجوز والبيض الخ.

ما يحتج به الحنفية في أن العلة في الأموال الربوية هي القدر والجنسية:

ويحتج الحنفية لمذهبهم بأن قول النبي عليه السلام «الحنطة بالحنطة» معناه بيع الحنطة بالحنطة، والبيع لا يجري باسم الحنطة، فالاسم يتناول الحبة الواحدة ولا يبيعها أحد. ولو باعها لم يجز لأنها ليست بمال متقوم. فعلم ضرورة أن المراد الحنطة التي هي مال متقوم، ولا يعلم ماليتها إلاّ بالكيل، فصارت صفة الكيل ثابتة بمقتضى النص، فكأنه قال الذهب الموزون بالذهب، والحنطة المكيلة بالحنطة. والصفة من اسم العلم تجري مجرى العلة للحكم، وما ثبت بمقتضى النص فهو كالمنصوص. ولما كان النبي ﷺ قد قال الحنطة بالحنطة مثل بمثل، فقد أوجب المماثلة لجواز العقد. وإذا ثبت أن الحكم وجوب المماثلة، ولا يتصور ثبوت الحكم بدون محله، عرفنا أن المحل الذي لا يقبل المماثلة لا يكون مال الربا أصلاً. والحفنة والتفاحة لا تقبل المماثلة بالاتفاق فلم تكن مال الربا. والدليل أن صاحب الشرع ﷺ ما نص على حكم الربا إلاّ مقروناً بالمخلص، فكل علة توجب الحكم في محل لا يقبل المخلص أصلاً فهي علة باطلة. والطعم بهذه الصفة. فإنه يوجب الحكم في الرمان والسفرجل ولا يتصور فيهما المخلص. ويتبين بما ذكر فساد العلة بالطعم والثمنية، فإنها علة قاصرة لا تتعدى إلى الفروع، ولأنها تثبت الحكم على مخالفة الأصول. ولأن الطعم عبارة عن أعظم وجوه الانتفاع بالمال، وكذلك الثمنية فإنها تنبىء عن شدة الحاجة إليه، وتأثير الحاجة في الإباحة لا في الحرمة، كتناول الميتة تحل باعتبار الضرورة. وإذا كانت الثمنية والطعم ينبئان عن شدة الحاجة، فلا يصلحان أن يكونا علة للحرمة. والذي قال إن صاحب الشرع نص على الأشياء الأربعة، قلنا قد نص على الأشياء الستة وعطف بعضها على بعض، فينبغي أن تكون العلة في الكل واحدة وذلك الجنس والقدر، ثم الكيل والوزن اختلاف عبارة في القدر كالصاع والقفيز ونحوه، فأما إذا كانت العلة في النقود الثمنية وفي سائر الأشياء الأربعة الطعم، لم يستقم عطف بعضها على بعض، إذ لا موافقة بين الثمنية والطعم. (انظر في كل ذلك «**المبسوط**» ١٢/١١٦ - ١٢٠).

ما يحتج به الشافعية في أن العلة في الأموال الربوية هي الطعم والثمنية:

ويحتج الشافعي في إثبات أصله بأن الشرع قد شرط لجواز البيع في هذه الأموال شرطين زائدين: المساواة واليد باليد. فعرفنا أن الموجب لزيادة هذين الشرطين معنى في المحل ينبىء عن زيادة خطر. والمعنى الذي ينبىء عن زيادة الخطر في الذهب والفضة لا يكون إلاّ الثمنية، لأنهما خلقا لذلك، وبالثمنية حياة الأموال. والمعنى الذي ينبىء عن زيادة الخطر في الأشياء الأربعة الأخرى لا يكون إلاّ الطعم، لأن بالطعم حياة النفوس. فعرفنا أن العلة الموجبة لهذين الشرطين الطعم والثمنية، ولهذا جعلنا الجنسية شرطاً لا علة. وبهذا يتبين فساد التعليل بالقدر، فإنه لا ينبىء عن زيادة خطر في المحل، فالجص يكال مع أنه شيء هين لا تتعلق به حياة نفس ولا مال وإنما هو معد لتزيين البناء. ولأن الشرع ذكر عند بيان حكم الربا جميع الأثمان وهي الذهب والفضة، وذكر من المطعومات أنفس كل نوع، فالحنطة أنفس مطعوم بني آدم، والشعير أنفس علف الحيوان، والتمر أنفس الفواكه، والملح أنفس التوابل. فلما أراد المبالغة في بيان حكم الربا، ولم

يمكنه ذكر جميع المطعومات، نص من كل نوع على أعلاه، ليبين بذلك أن العلة هي الطعم. فأما إذا جعلت العلة هي القدر، تمحض ذكر هذه الأشياء تكراراً، لأن صفة القدر لا تختلف في الأشياء الأربعة، وحمل كلام صاحب الشرع على ما يفيد أولى. فإذا ثبت أن العلة هي الطعم والثمنية، امتنع قياس غير المطعوم على المطعومات وغير الأثمان على الأثمان، لانعدام العلة فيها. (انظر في كل ذلك «**المبسوط**» ١٢/١١٥ ـ ١١٦ وهو ينقل مذهب الشافعي).

الموازنة بين حجج الحنفية وحجج الشافعية وترجيح مذهب الشافعي:

تتلخص حجج الحنفية ـ كما رأيناها ـ فيما يأتي:

١ ـ أن الأموال الستة المذكورة في الحديث الشريف لا تعرف ماليتها إلاّ بالكيل أو الوزن، فصارت صفة الكيل أو الوزن ثابتة بمقتضى النص، وما ثبت بمقتضى النص فهو كالمنصوص.

٢ ـ أن الحكم في الأموال الربوية هو وجوب المماثلة لإمكان المخلص. فالمحل الذي لا يقبل المماثلة، فلا يتصور فيه المخلص، كالحفنة والتفاحة والرمان والسفرجل، لا يكون مال الربا أصلاً. ويتبين من ذلك أن من المطعومات ما لا يكون مالاً ربويّاً، كما أن من الأموال الربوية ما لا يكون مطعوماً. فالطعم علة واسعة تثبت الحكم على مخالفة الأصول، وهي في الوقت ذاته علة قاصرة لا تتعدى إلى الفروع. ويقول «**الزيلعي**» (٤/٨٧) في شرط التماثل في الأموال الربوية ما يأتي: «والقاطع للشغب أنه ﷺ شرط التماثل بقوله مثلاً بمثل، والتماثل يكون بالوزن أو الكيل لا غير، فعلم بذلك أن ما لا يكال ولا يوزن لا يكون من الأموال الربوية، وأن الأموال الربوية هي التي تكون من ذوات الأمثال، وما لا يكون من ذوات الأمثال ليس من الأموال الربوية، إذ الحكم لا يثبت بدون محله، ولهذا قالوا لا يجري الربا فيما لا يدخل تحت المعيار كالحفنة من الحنطة والشعير وكالذرّة من الذهب والفضة.

٣ ـ إن الطعم هو أعظم وجوه الانتفاع بالمال، وكذلك الثمنية تنبىء عن شدة الحاجة إلى الأثمان. وتأثير الحاجة إنما يكون في الإباحة لا في الحرمة. فإذا كانت الثمنية والطعم ينبئان عن شدة الحاجة، فإنهما لذلك لا يصلحان أن يكونا علة للحرمة، وفي هذا المعنى يقول «**الزيلعي**» أيضاً (٤/٨٦ ـ ٨٧): «والطعم والاقتيات والثمنية والادخار من أعظم وجوه المنافع، والحاجة إليها من أشد الحاجات وأهمها، فسنة الله في مثله التوسعة والإطلاق دون التضييق، ألا ترى أن الميتة أباحها عند المخمصة للحاجة، وكذلك أجاز الانتفاع بالغنيمة قبل القسمة لمظنة الحاجة عادة بخلاف سائر الأموال المشتركة. . . وكل ما اشتدت الحاجة إليه كانت التوسعة فيه أكثر، فتعليله بما يوجب التوسعة على التضييق من فساد الوضع لأن معنى فساد الوضع أن يفسد وضع ذلك الحكم على ذلك الدليل لكونه يقضي خلاف ذلك الحكم فيضاده».

٤ ـ عطفت الأشياء الستة بعضها على بعض في الحديث الشريف، وذلك يقتضي أن تكون العلة في الكل واحدة، وهي الجنس والقدر، أما الكيل والوزن فاختلاف عبارة في القدر كالصاع والقفيز ونحوه. ولو كانت العلة في النقود الثمينة وفي سائر الأشياء الأربعة الطعم، لم يستقم عطف بعضها على بعض، إذ لا موافقة بين الثمنية والطعم.

وتتلخص حجج الشافعية ـ على ما سبق إيراده ـ في حجتين:

١ ـ إن الموجب لزيادة شرطين في الأموال الربوية حتى يجوز بيعها ـ والشرطان هما التماثل واليد ـ معنى في المحل ينبىء عن زيادة خطره. ولا يوجد معنى أكبر خطراً من الثمنية في الذهب والفضة، إذ بالثمنية حياة الأموال. كما لا يوجد معنى أكبر خطراً من الطعم في الأشياء الأربعة الأخرى، إذ بالطعم حياة النفوس. أما التعليل بالقدر، كما تقول الحنفية فإنه لا ينبىء عن زيادة خطر في المحل، فالجص يكال مع أنه شيء هين.

٢ ـ إذا جعلت العلة هي الثمنية والطعم، ظهر السر في أن الشارع ذكر هذه الأشياء الستة. فهو قد ذكر جميع الأثمان، وهي الذهب والفضة. ولما كان يشق ذكر جميع المطعومات، فقد نص من كل نوع على أعلاه، فذكر الحنطة وهي أنفس مطعومات بني آدم، والشعير وهو أنفس علف الحيوان، والتمر وهو أنفس الفواكه، والملح وهو أنفس التوابل. أما إذا جعلت العلة هي القدر، كما تقول الحنفية، تمحض ذكر الأشياء الأربعة تكراراً، لأن صفة القدر لا تختلف في شيء منها، فكلها أشياء مكيلة، وحمل كلام الشارع على ما يفيد أولى.

والمتأمل في حجج كل فريق من الفريقين يرى أن الاعتبار الذي وقف عنده الشافعي اعتبار اجتماعي اقتصادي، فنفذ بذلك إلى لب الموضوع وتغلغل في الصميم منه. أما الاعتبار الذي وقفت عنده الحنفية فهو اعتبار منطقي أقرب إلى الشكل منه إلى الجوهر. ولذلك لا نتردد في ترجيح مذهب الشافعي. فإنه يقف من الأشياء الستة المذكورة في الحديث الشريف عند المعنى البارز الذي ينبغي الوقوف عنده.

أما الذهب والفضة. فالمعنى البارز فيهما هو الثمنية وفي هذا يقول ابن القيم في «**أعلام الموقعين**» (٢/١٠١): «وأما الدراهم والدنانير، فقالت طائفة العلة فيهما كونهما موزونين، وهذا مذهب أحمد في إحدى الروايتين عنه ومذهب أبي حنيفة. وطائفة قالت العلة فيهما الثمنية، وهذا قول الشافعي ومالك وأحمد في الرواية الأخرى، وهذا هو الصحيح، بل الصواب... فالتعليل بالوزن ليس فيه مناسبة، فهو طرد محض. بخلاف التعليل بالثمنية، فإن الدراهم والدنانير أثمان المبيعات، والثمن هو المعيار الذي به يعرف تقويم الأموال، فيجب أن يكون محدوداً مضبوطاً لا يرتفع ولا ينخفض، إذ لو كان الثمن يرتفع وينخفض كالسلع، لم يكن لنا ثمن يعتبر به المبيعات، بل الجميع سلع. وحاجة الناس إلى ثمن يعتبرون به المبيعات حاجة ضرورية عامة، وذلك لا يمكن إلاّ بسعر تعرف به القيمة، وذلك لا يكون إلاّ بثمن تقوم به الأشياء ويستمر على حالة واحدة، ولا يقوم هو بغيره، إذ يصير سلعة يرتفع وينخفض، فتفسد معاملات الناس، ويقع الخلف ويشتد الضرر، كما رأيت من فساد معاملاتهم والضرر اللاحق بهم حين اتخذت الفلوس سلعة تعد للربح فعم الضرر وحصل الظلم، ولو جعلت ثمناً واحداً لا يزداد ولا ينقص، بل تقوم به الأشياء ولا تقوم هي بغيرها، لصلح أمر الناس. فلو أبيح ربا الفضل في الدراهم والدنانير، مثل أن يعطي صحاحاً ويأخذه مكسرة أو خفافاً ويأخذ ثقالاً أكثر منها، لصارت متجراً، أو جر ذلك إلى ربا النسيئة فيها لا بد، فالأثمان لا تقصد لأعيانها، بل يقصد التوصل بها إلى السلع. فإذا صارت في

أنفسها سلعاً تقصد لأعيانها، فسد أمر الناس. وهذا معنى معقول يختص بالنقود، ولا يتعدى إلى سائر الموزونات».

وأما الأشياء الأربعة الأخرى - الحنطة والشعير والتمر والملح - فإن المعنى البارز فيها هو الطعم كما جاء في مذهب الشافعي، أو هو الاقتيات والإدخار كما جاء في مذهب مالك. ويقول **«الحطاب»** (٤/٣٤٦): «ومعنى الاقتيات أن يكون الطعام مقتاتاً أي تقوم به البنية، ومعنى الإدخار ألا يفسد بتأخيره إلاّ أن يخرج التأخير عن العادة. والقول الثاني أن العلة الاقتيات والإدخار وكونه متخذاً للعيش غالباً. . وعبر عنه صاحب التنبيهات بالمقتات المدخر الذي هو أصل للمعاش غالباً. . وذهب كثير من شيوخنا إلى أنه لا يلزم التعليق بكونه أصلاً للعيش، وإنما المراد إدخاره غالباً وكونه قوتاً». ويرجح ابن القيم مذهب مالك في الأخذ بمعنى الاقتيات والإدخار، فيقول في **«أعلام الموقعين»** (٢/١٠٠): «الشارع نص على تحريم ربا الفضل في ستة أعيان، وهي الذهب والفضل والبر والشعير والتمر والملح، فاتفق الناس على تحريم التفاضل فيها مع اتحاد الجنس، وتنازعوا فيما عداها. فطائفة قصرت التحريم عليها، وأقدم من يروي هذا عنه قتادة، وهو مذهب أهل الظاهر، واختيار ابن عقيل في آخر مصنفاته مع قوله بالقياس، قال لأن علل القياسيين في مسألة الربا علل ضعيفة وإذا لم تظهر فيه علة امتنع القياس. وطائفة حرمته في كل مكيل وموزون بجنسه، وهذا مذهب عمار وأحمد في ظاهر مذهبه وأبي حنيفة، وطائفة خصته بالطعام إذا كان مكيلاً أو موزوناً، وهو قول سعيد بن المسيب ورواية عن أحمد وقول للشافعي. وطائفة خصته بالقوت وما يصلحه، وهو قول مالك، وهو أرجح هذه الأقوال».

على أن ما يحتج به الحنفية من ناحية المنطق في حاجة إلى إمعان من النظر:

١ - فالشارع عندما قال الحنطة بالحنطة، نظر دون شك إلى معنى في الحنطة. وهذا المعنى لا يخرج عن أن يكون الطعم أو الكيل. ومعنى الطعم لخطره أولى من معنى الكيل لتفاهته. ثم إن معنى الطعم لا يجعل تعاقب الأشياء الأربعة محض تكرار، إذ هي تتفاوت في هذا المعنى، فالحنطة طعام الإنسان، والشعير طعام الحيوان، والتمر فاكهة، والملح من التوابل. أما معنى الكيل فيتكرر دون تفاوت في الأشياء الأربعة، فكان يكفي ذكر واحد منها. وكذلك عندما قال الشارع الذهب بالذهب، نظر دون شك إلى معنى في الذهب. وهذا المعنى لا يخرج عن أن يكون الثمنية أو الوزن: ومعنى الثمنية أولى بالاعتبار، فهو أبرز في الذهب والفضة - وهذان هما النقدان ذكرهما الشارع معاً - عنه في كل موزون آخر.

أما أن هذه الأموال الستة لا تعرف ماليتها إلاّ بالكيل أو الوزن، فإن هذا لا يمنع من أن الشارع لم يعتد فيها بهذا المعنى، وإنما اعتد فيها بمعنى الطعم والثمنية كما بينا. فيكون مالاً ربويّاً ما يجتمع مع هذه الأموال، لا في معنى الكيل أو الوزن وهو معنى لا خطر له، بل في معنى الطعم أو الثمنية وهو المعنى الأولى بالاعتبار.

٢ - وليس من الضروري أن المحل الذي لا يقبل المماثلة لا يكون مالاً ربويّاً. فالجوز والبيض والبطيخ والرمان والسفرجل، كل هذه مطعومات لا تقبل المماثلة وليس في طبيعة الأشياء

ما يمنع من أن تكون أموالاً ربوية، وكل ما يترتب على اعتبارها كذلك أنه لا يجوز بيعها في جنسها، فلا يجوز بيع جوزة في جوزة ولا بيضة في بيضة ولا بطيخة في بطيخة، لأن التماثل في كل ذلك غير مكفول. والمخلص من الوقوع في الربا في هذه الحالة أن يباع أحد البدلين بالنقود ثم يشتري بالنقود البدل الآخر.

٣ ـ وإذا كان وجه الحاجة واضحاً في الأموال الستة، وكان تأثير الحاجة في الإباحة لا في الحرمة. فكذلك قد تكون الحاجة إلى الأشياء داعية إلى وجوب منع احتكارها أو التلاعب في أسواقها، ومن ثم يكون تأثير الحاجة في الحرمة لا في الإباحة، سدّاً للذرائع.

٤ ـ وليس من الضروري أن تتوحد العلة في الأشياء الستة لمجرد عطفها بعضها على بعض فمن الجائز أن تنتظمها علتان أو أكثر، بل من الجائز أن يكون لكل شيء منها علة، ولا يمنع العطف من تعدد العلل. والظاهر في حالتنا أن هناك علتين: علة الثمنية وتنتظم الذهب والفضة، وعلة الطعم وتنتظم الحنطة والشعير والتمر والملح.

ثانيا ـ تحديد ربا الفضل

المذهب الحنفي:

يتحقق ربا الفضل عند الحنفية باجتماع شطري علة الربا: القدر (أي الكيل أو الوزن) واتحاد الجنس. فكل مكيل أو موزون من جنس واحد إذا بيع متفاضلاً تحقق فيه ربا الفضل. ومن ثم إذا بيع مكيل في مكيل من جنس واحد، مطعوماً كان أو غير مطعوم. كما إذا بيعت الحنطة بالحنطة أو الجص بالجص، وجب أن يتماثل القدران المبيعان. فإن زاد أحد القدرين على القدر الآخر فسد البيع لدخول ربا الفضل في الصفقة. والمراد المماثلة في القدر لا في الصفة، وإلاّ فإن تماثل القدر واتحدت الصفة لم يبق هناك معنى للتبادل ما بين شيئين متساويين جنساً وقدراً وصفة. كذلك إذا بيع موزون في موزون من جنس واحد، ثمناً كان أو غير ثمن. مطعوماً كان أو غير مطعوم، كبيع الذهب بالذهب أو الحديد بالحديد أو السكر بالسكر، وجب كذلك أن يتماثل القدران، فإن زاد أحدهما على الآخر فسد البيع.

مذهب الشافعي:

ويتحقق ربا الفضل عند الشافعية بقيام علة الربا وهي الطعم أو الثمنية مع وجود شرطه وهو اتحاد الجنس. فإذا بيع طعام في طعام من جنس واحد، مكيلاً كان أو غير مكيل، موزوناً كان أو غير موزون، كبيع الحنطة بالحنطة والسمن بالسمن والبطيخ بالبطيخ، وجب أن يتماثل القدران، وإلاّ فسد البيع. ولا يتحقق التماثل على أية صورة في البطيخ بالطيخ كما سنرى. وإذا بيع الثمن في الثمن ـ وهذا هو الصرف ـ وكان الثمنان من جنس واحد، كبيع الذهب بالذهب أو الفضة بالفضة، وجب أن يتماثل القدران، وإلاّ فسد البيع.

المقابلة ما بين مذهب الحنفية ومذهب الشافعية في تطبيقات ربا الفضل[1]:

رأينا أنه إذا اتحد الجنس، فإن الحنفية يقفون في تحقق ربا الفضل عند الكيل أو الوزن، أما الشافعية فيقفون عند الطعم أو الثمنية. ومن ثم يختلف المذهبان في تطبيقات ربا الفضل، ويظهر ذلك في التطبيقات الآتية:

أولاً: بيع مكيل بجنسه غير مطعوم متفاضلاً، أو موزون بجنسه غير مطعوم ولا ثمن متفاضلاً، وذلك كبيع قفيز جص بقفيزي جص أو بيع من حديد بمنوي حديد: عند الحنفية لا يجوز لأنه بيع ربا، لوجود علة الربا وهي الكيل مع الجنس أو الوزن مع الجنس. وعند الشافعية يجوز، لأن علة الربا وهي الطعم أو الثمنية غير موجودة. وعلى هذا الخلاف بيع كل مقدر بجنسه من المكيلات والموزونات غير المطعومات والأثمان، كالنورة والزرنيخ والصفر والنحاس ونحوها.

وأما بيع المكيل المطعوم بجنسه متفاضلاً أو بيع الموزون المطعوم أو الثمن بجنسه متفاضلاً. كبيع قفيز أرز وبيع من سكر بمنوى سكر وبيع درهم بدرهمين، فلا يجوز بالإجماع: أما عند الحنفية فلوجود الجنس والقدر، وأما عند الشافعية فلوجود الجنس والطعم. وكذا كل مكيل أو موزون هو مأكول أو مشروب، كالعدس والأذرة والدهن والزيت والخل ونحوها.

ويجوز بالإجماع بيع المكيل بغير جنسه متفاضلاً، مطعوماً كان أو غير مطعوم، بعد أن يكون يداً بيد، كبيع قفيز حنطة بقفيزي شعير وبيع قفير جص بقفيزي نورة ونحو ذلك، لأن علة ربا الفضل مجموع الوصفين وقد انعدم أحدهما وهو الجنس، وكذا بيع الموزون بغير جنسه متفاضلاً جائز إجماعاً ثمنين كانا أو مثمنين، مطعومين كانا أو غير مطعومين، بعد أن يكون يداً بيد، كبيع دينار بمائة درهم وبيع من حديد بمنوى نحاس أو رصاص وبيع من سمن بمنوى سكر.

ويجوز إجماعاً بيع المذروعات والمعدودات المتفاوتة واحداً باثنين، يداً بيد، كبيع ثوب بثوبين وعبد بعبدين وشاة بشاتين ونصل بنصلين ونحو ذلك، بالإجماع: أما عند الحنفية فلانعدام أحد الوصفين وهو الكيل والوزن، وعند الشافعية لانعدام الطعم والثمنية.

ثانيا: بيع مطعوم بجنسه ليس بمكيل ولا موزون متفاضلاً، كبيع حفنة حنطة بحفنتين أو بطيخة ببطيختين أو رمانة برمانتين أو بيضة ببيضتين أو جوزة بجوزتين: يجوز عند الحنفية لانتفاء الكيل والوزن وإن اتحد الجنس، ولا يجوز عند الشافعية لوجود الطعم والجنس.

ولو بيع غير متفاضل، حفنة بحفنة أو بطيخة ببطيخة أو رمانة برمانة أو بيضة ببيضة أو جوزة بجوزة: يجوز عند الحنفية لانتفاء الكيل والوزن إن اتحد الجنس. وعند الشافعية لا يجوز لوجود الطعم، وذلك أن حرمة بيع المطعوم بجنسه هو العزيمة عندهم، والتساوي في الكيل أو الوزن (لا في العدد) مخلص عن الحرمة بطريق الرخصة، ولم يوجد المخلص فبقي على أصل الحرمة.

---

(١) انظر في هذه التطبيقات «البدائع» (٥/ ١٨٣) وما بعدها.

ثالثاً: تحديد ربا النسيئة

المذهب الحنفي:

رأينا آن ربا الفضل عند الحنفية يجري باجتماع شطري علته، أي باجتماع القدر (الكيل أو الوزن) والجنس، أما ربا النسيئة فيجري بوجود أحد شطري العلة: القدر أو الجنس.

فيجري ربا النسيئة إذن في حالتين:

الحالة الأولى: أن يكون كل من البدلين مكيلاً، أو أن يكون كل منهما موزوناً، سواء اتحد الجنس أو لم يتحد.

الحالة الثانية: أن يكون البدلان من جنس واحد، سواء كانا مكيلين أو موزونين أو لم يكونا كذلك.

ففي الحالة الأولى إذا كان البدلان مكيلين من جنس واحد أو من جنس مختلف، كالحنطة في الحنطة أو الحنطة في الشعير والجص في الجص أو الجص في النورة، أو كان البدلان موزونين من جنس واحد أو من جنس مختلف، كالذهب في الذهب أو الذهب في الفضة أو الحديد في الحديد أو الحديد في النحاس. فلا يجوز البيع نسيئة، ويجوز يداً بيد. ولكن هذه القاعدة تؤدي إلى أن يبيع الحديد أو النحاس أو السكر أو القطن في الذهب أو الفضة بيع نسيئة لا يجوز، فيقفل باب السلم من جهة وقد رخص فيه النبي عليه السلام، ويقفل من جهة أخرى باب بيع الموزونات بنقد مؤجل. من أجل ذلك قسمت الحنفية الموزونات قسمين: النقد أي الذهب والفضة ويوزنان بالمثاقيل، والموزونات الأخرى من حديد، ونحاس وسكر وقطن وسمن ودهن وخل وزيت ونحوها وتوزن بالقبان. وهذان القسمان لا يتحدان في صفة الوزن، ومن ثم تجوز مبادلة أحد القسمين بالآخر نسيئة، فيجوز بيع الحديد والسكر والقطن وغير ذلك مما يوزن بالقبان في الذهب أو الفضة بيع نسيئة أو بيع سلم.

وفي الحالة الثانية إذا كان البدلان من جنس واحد ولو لم يكونا مكيلين أو موزونين، كالحيوان في الحيوان والرمان في الرمان والهروي في الهروي، لم يجز البيع نسيئة، ويجوز يداً بيد.

ويترتب على ما تقدم أنه إذا كان أحد البدلين مكيلا وكان الآخر غير مكيل موزوناً كان أو غير موزون، كالقمح في الفضة أو في الرمان. أو كان أحد البدلين موزوناً وكان الآخر غير موزون مكيلا كان أو غير مكيل، فالذهب في القمح أو في السفرجل، وجاز البيع نسيئة. فتجوز النسيئة إذن في بيع المكيل بالموزون وفي بيع الموزون بالمكيل. ومن ثم يتدرج جريان الربا في مذهب الحنفية على النحو الآتي: في الموزون بالموزون من جنس واحد وفي المكيل بالمكيل من جنس واحد، يجري كل من ربا الفضل وربا النسيئة. وفي الموزون بالموزون من جنسين مختلفين وفي المكيل بالمكيل من جنسين مختلفين، يجري ربا النسيئة ولا يجري ربا الفضل. وفي الموزون بالمكيل وفي المكيل بالموزون، لا يجري الربا أصلاً، لا ربا الفضل ولا ربا النسيئة.

ومن باب أولى يجوز البيع نسيئة لو اختلف الجنس في غير المكيل والموزون كالرمان في السفرجل والبطيخ في القثاء والهروي في المروي.

والأصل في ربا النسيئة عند الحنفية قوله عليه السلام في آخر الحديث المعروف: «فإذا اختلفت الأصناف فبيعوا كيف شئتم إذا كان يداً بيد». وروي عن إبراهيم النخعي أنه قال: «أسلم ما يكال فيما يوزن، وأسلم ما يوزن فيما يكال، ولا تسلم ما يكال فيما يكال ولا ما يوزن فيما يوزن، وإذا اختلف النوعان مما يكال أو يوزن، فلا بأس به اثنان بواحد يداً بيد، ولا خير فيه نسيئة».

مذهب الشافعي:

ويجري ربا النسيئة عند الشافعية إذا كان البدلان مطعومين أو ثمنين، اتحد جنسهما أو اختلف.

فلا تجوز النسيئة في التمر بالتمر ولا في التمر بالقمح.

ولا تجوز النسيئة أيضاً في الذهب بالذهب ولا في الذهب بالفضة.

ولا تجوز النسيئة في بيع مطعوم بغير مطعوم، كالقمح في الحديد. وفي بيع غير مطعوم بغير مطعوم اتحد الجنس أو اختلف، كالجص في الجص أو الجص في الرصاص.

وتجوز النسيئة في بيع المثمن بالثمن مطعوماً كان أو غير مطعوم، كالأرز في الفضة والحديد في الذهب.

المقابلة ما بين مذهب الحنفية ومذهب الشافعية في تطبيقات ربا النسيئة[1]:

رأينا أن الحنفية يجرون ربا النسيئة إذا وجد أحد شطري علة ربا الفضل، القدر أو الجنس. ورأينا أن الشافعية يجرون ربا النسيئة في بيع المطعوم بالمطعوم أو بيع الثمن بالثمن. ومن ثم يختلف المذهبان في تطبيقات ربا النسيئة كما اختلفا في تطبيقات ربا الفضل، ويظهر ذلك في التطبيقات الآتية:

١ ـ لا يجوز عند الحنفية أن يباع نسيئة مكيل في مكيل، سواء كانا مطعومين من جنس واحد كالحنطة في الحنطة، أو من جنسين مختلفين كالحنطة في الشعير، أو كانا غير مطعومين من جنس واحد كالجص في الجص، أو من جنسين مختلفين كالجص في النورة. وذلك لأن أحد شطري علة ربا الفضل، وهو الكيل، جمع البدلين. وعند الشافعية إن كانا مطعومين من جنس واحد أو من جنسين مختلفين، كالحنطة في الحنطة والحنطة في الشعير، فكذلك لا يجوز. وإن كانا غير مطعومين من جنس واحد أو من جنسين مختلفين، كالجص في الجص والجص في النورة، جاز البيع نسيئة، لأن علة ربا النسيئة عندهم هو الطعم وقد انعدم في هذه الصورة.

٢ ـ ولا يجوز عند الحنفية أن يباع نسيئة موزون في موزون، سواء كانا مطعومين من جنس واحد كالسكر في السكر، أو من جنسين مختلفين كالسكر في الزعفران، أو كانا غير مطعومين من

(١) انظر في هذه التطبيقات «البدائع» (١٨٦/٥).

جنس واحد كالحديد في الحديد، أو من جنسين مختلفين كالحديد في النحاس، أو كانا ثمنين من جنس واحد كالذهب في الذهب، أو من جنسين مختلفين كالذهب في الفضة. وعند الشافعية لا يجوز في المطعوم كالسكر في السكر والسكر في الزعفران، ولا في الثمن كالذهب في الذهب والذهب في الفضة، ويجوز في غير المطعوم كالحديد في الحديد والحديد في النحاس.

٣ - ويجوز عند الحنفية أن يباع نسيئة المكيل في الموزون، سواء كانا مطعومين كالحنطة في الزيت أو الزعفران، أو غير مطعومين كالجص في الحديد، وعند الشافعية لا يجوز في المطعوم كالحنطة في الزيت أو الزعفران، ويجوز في غير المطعوم كالجص في الحديد.

٤ - ويجوز عند الحنفية أن يباع نسيئة الموزون في المكيل، سواء كانا مطعومين كالسكر في الملح، أو غير مطعومين كالنحاس في الجص. وعند الشافعية لا يجوز في المطعوم كالسكر في الملح، ويجوز في غير المطعوم كالنحاس في الجص.

٥ - وإذا بيع غير المكيل والموزون في جنسه، فلا تجوز النسيئة إجماعاً في المطعومين كالرمان في الرمان والبيض في البيض. ولا تجوز النسيئة عند الحنفية وتجوز عند الشافعية في غير المطعومين كالهروي في الهروي والحيوان في الحيوان. فإذا اختلف الجنس جازت النسيئة إجماعاً في غير المطعومين كالهروي في المروي والحيوان في الثوب، وجازت عند الحنفية ولم تجز عند الشافعية في المطعومين كالرمان في البيض والبطيخ في السفرجل.

تفسير بعض حالات غير ظاهرة في ربا النسيئة:

ويتبين مما قدمناه أنه قد توجد حالات في ربا النسيئة لا تظهر الحكمة في تحريمها بوضوح لأول وهلة. ونورد بعض الأمثلة على ذلك:

١ - فعند الحنفية والشافعية جميعاً لا يصح بيع دينار في خمسة وتسعين درهماً نسيئة ويصح ذلك نقداً[١]. ويبدو أن السبب في ذلك أن من يصرف ديناراً بخمسة وتسعين درهماً في الحال ليس مظنة لأن تكون الحاجة قد استغلت عنده، بل هو قد قصد صرف الدينار إلى دراهم ونزل عن جزء يسير من الدينار في سبيل أن يحصل على الدراهم، ومن ثم جاز البيع نقداً. أما من يشتري خمسة وتسعين درهماً معجلة بدينار مؤجل فهو أقرب إلى أن يكون قد اقترض خمسة وتسعين درهماً على أن يردها ديناراً، فيكون قد أربى فيما أعطى على ما أخذ، ودفع مقابلاً لفضل الحلول على الأجل. فهو مظنة لأن تكون الحاجة قد استغلت عنده، ومن ثم لم يجز البيع نسيئة.

٢ - وعند الحنفية والشافعية جميعاً لا يصح بيع أردب من القمح في أردبين من الشعير نسيئة، ويصح ذلك نقداً[٢]. ويبدو أن السبب في ذلك هو عين السبب الذي استظهرناه في الحالة الأولى. فمن يعطيك أردباً من القمح ليأخذ منك أردبين من الشعير في الحال لم يستغلك ولم تستغله، فأنت في حاجة إلى القمح وهو في حاجة إلى الشعير، وقدرتما أن أردباً من القمح يعادل في قيمته

---

(١) أما عند الحنفية فلأنه بيع موزون في موزون، وأما عند الشافعية فلأنه بيع ثمن في ثمن.

(٢) أما عند الحنفية فلأنه بيع مكيل في مكيل، وأما عند الشافعية فلأنه بيع مطعوم في مطعوم.

أردبين من الشعير، فتمت الصفقة على هذا الوجه. أما إذا ابتعت أردباً من القمح في أردبين من الشعير نسيئة، فأنت مظنة لأن تكون قد اقترضت القمح وأربيت فيما ترده من الشعير، فاستغل البائع حاجتك.

٣ ـ وعند الشافعية لا يجوز بيضة في بيضة لا نسيئة ولا نقداً، أما عند الحنفية فيجوز بيع البيضة في البيضة نقداً ولا يجوز نسيئة[١]. ويبدو أن تحريم النسيئة في هذه الحالة عند الحنفية والشافعية جميعاً مرده إلى اعتبار أن بيع البيضة في البيضة نسيئة يستر قرضاً اشترط له أجل معلوم، واشتراط الأجل في القرض لا يجوز.

٢ ـ الاتجاهات المختلفة التي عملت على تضييق منطقة الربا ـ في جميع العصور

تتسع منطقة الربا ثم تضيق تحت ضغط العوامل الاقتصادية:

الربا في الشرائع القديمة وفي اليهودية وفي المسيحية

الربا معروف منذ قديم العصور. كان معروفاً عند قدماء المصريين، يدل على ذلك القانون الذي وضعه «بوخوريس» من ملوك الأسرة الرابعة والعشرين يحرم أم يجاوز مجموع الفوائد رأس المال. ويشاء القدر أن ترجع مصر إلى هذه القاعدة بعد نحو من ثلاثة آلاف من الأعوام، فتنص المادة ٢٣٢ من التقنين المدني المصري على أنه «لا يجوز في أية حال أن يكون مجموع الفوائد التي يتقاضاها الدائن أكثر من رأس المال». وكان الربا معروفاً في القوانين البابلية والأشورية وعند الإغريق والرومان.

ولكن الشرائع السماوية ـ اليهودية فالمسيحية فالإسلام ـ وسعت من منطقة الربا إلى حد كبير، وحرمته تحريماً قاطعاً.

أما في اليهودية فالربا لم يكن محرماً إلاّ في تعامل اليهود بعضهم مع بعض، فلا يجوز ليهودي أن يقرض بالربا يهوديّاً مثله، ولكن يجوز له أن يقرض بالربا غير اليهودي.

وتحرم المسيحية الربا، فقد جاء في الإنجيل: «إذا أقرضتم لمن تنتظرون منهم المكافأة، فأي فضل يعرف لكم! . . ولكن. . افعلوا الخيرات وأقرضوا، غير منتظرين عائدتها، وإذن يكون ثوابكم جزيلاً» (الآيتان ٣٤ و٣٥ من الفصل السادس من إنجيل لوقا). ويقول سان توما (Saint Thomas) إن تقاضي الفوائد عن النقود أمر غير عادل، فإن هذا معناه استيفاء دين لا وجود له. . . ذلك أن الشيء الذي لا ينتفع به إلاّ باستهلاكه تختلط فيه منفعة الشيء بالشيء ذاته، فمن يقرض هذا الشيء لا يجوز له في الوقت الذي يطالب به أن يطالب بأجر على منفعته، فإنه هو ومنفعته شيء واحد، وليس من العدل أن يطالب المقرض بالشيء مرتين (المسأل ٧٨ المادة الأولى في الخاتمة).

---

(١) أما عند الشافعية فلأنه بيع مطعوم في مطعوم من جنس واحد، وأما عند الحنفية فلأنه بيع شيء غير مكيل ولا موزون في جنسه.

ولكن منطقة الربا في المسيحية ما لبثت، تحت ضغط العوامل الاقتصادية، أن أخذت تضيق شيئاً فشيئاً، فتباح الفائدة في بعض الحالات الاستثنائية. وقد أورد الأستاذ شكري قرادحى في كتابه «القانون والأخلاق» (باللغة الفرنسية) في الجزء الثاني (١٦٧ ـ ١٧١) هذه الحالات الاستثنائية على الوجه الآتي:

١ ـ يجوز للمقرض أن يتقاضى من المقترض تعويضاً عن خسارة أصابته بسبب القرض (damnum emergens). فقد أجيز لجمعيات القرض الحسن (monts de piété) أن تتقاضى فوائد يسيرة على المال الذي تقرضه، تعويضاً عما تتجشمه من المصروفات في دفع أجور العمال وفي إدارة العمل.

٢ ـ ويجوز للمقرض أن يتقاضى من المقترض تعويضاً عما فاته من ربح بسبب القرض (Lucrum cessans). ويشترط أن ينفق المقرض مع المقترض على ذلك مقدماً، وألا يجاوز التعويض مقدار صافي الربح الذي كان المقترض يجنيه لو استبقى ماله بعد خصم ما كان يتكبده من المصروفات للحصول على هذا الربح وأن يتبين أن المقرض لم تكن عنده وسيلة أخرى للحصول على هذا الربح كأن كان يستطيع أن يستثمر مالاً آخر عنده غير المال الذي أقرضه. ولم تكن هذه الشروط تتوافر إلاّ نادراً، فإن النظام الاقتصادي في العصور الوسطى لم يكن نظاماً رأسماليّاً، ولم تكن الشركات الكبيرة التي تحتاج دائماً إلى رؤوس أموال للإنتاج منتشرة في تلك العصور.

٣ ـ ويجوز للمقرض أن يتقاضى من المقترض ربحاً يسيراً لتأمين خطر الضياع الذي يتعرض له المال الذي أقرضه (Periculm sortis). وهذا الاستثناء لم يتم التسليم به إلاّ في آخر القرن الرابع عشر، نظراً لخطورته ولمخالفته للتعاليم الأولى للكنيسة.

٤ ـ ويجوز للمقرض أن يتفق مع المقترض على شرط جزائي (Pœna conventionalis) يلتزم بموجبه المقترض، إذا لم يسدد القرض في الميعاد، بأن يدفع مبلغاً إضافيّاً جزاء تأخره عن الوفاء. وقد تردد رجال الكنيسة في إباحة هذا الشرط، ثم انتهوا إلى التمييز بين شرط جزائي مبالغ فيه. وهو لا يجوز إذ يخفي رباً فاحشاً مستتراً، وشرط تهديدي لا يجاوز الربح اليسير الذي كانت الكنيسة تسمح به في بعض الحالات، وهو صحيح إذا لم يكن الغرض منه غير حنث المقترض على الوفاء بدينه في الميعاد.

٥ ـ ويجوز للمقرض أخيراً أن يتقاضى من المقترض فائدة حقيقية عن رأس المال إذا كانت القوانين المدنية أو العادات تجيز ذلك، فتكون الفائدة مرتكزة على سند شرعي (titre légal). وقد روعي في هذا الاستثناء أن القوانين أو العادات التي أجازت الفائدة قد قدرت الظروف الاقتصادية السائدة، فرأت أن المقرض يحق له تقاضي هذه الفائدة في نظير الخسارة التي لحقته من القرض والربح الذي فاته. ويشترط في هذه الحالة أن تكون الفائدة معتدلة لا مبالغة فيها. وهناك رأى بقي عند التعاليم الأولى للكنيسة فلم يجز هذه الفائدة، ولكن الرأي الذي أجازها هو الذي تغلب، مع تحفظ يقضي بأن من يتقاضى فائدة غير معتدلة لا حق له فيها يجب عليه ديانة ـ لا قضاء ـ أن يردها، وإلاّ ارتكب خطيئة (Péché).

وهكذا ضاقت منطقة الربا في المسيحية شيئاً فشيئاً، طبقاً لقوانين الكنيسة فأبيحت الفوائد في حالة بعد أخرى، وذلك تحت ضغط العوامل الاقتصادية.

وتلت القوانين النظريات الفقهية التي تبرر تقاضي الفوائد. فقد قالوا إن النقود من حيث هي معدن لا تنتج شيئاً، ولكنها من حيث هي وسائل ائتمان تدخل ضمن عناصر الانتاج، فالعمل هو العنصر الأول للإنتاج، ولكن رأس المال هو عنصر ثان لا يستغني عنه العمل، فإذا كان العمل يستحق جزاءه في صورة الأجر، فإن رأس المال يستحق أيضاً جزاءه في صورة الفائدة. وقالوا كذلك إن صاحب المال شريك لصاحب العمل. فما ينتج من ربح يحق لصاحب المال أن يأخذ بعضه في صورة فائدة لرأس ماله. وتتلاقى هذه النظريات في فكرة واحدة هي أن النقود التي كان أرسطو قد وصفها بأنها مال غير منتج قد أصبحت مالاً منتجاً، بل أصبحت من العناصر الأولى في الإنتاج. وكما يستحق كل مال منتج أجره كذلك تستحق النقود أجرها، فليست الفوائد إذن بالربا المحرم، بل هي أجر مشروع لمال منتج.

وإلى جانب النظريات المبررة للفائدة قامت أيضاً الحيل للتعامل بالربا، ذكر منها الأستاذ شكري قرداحي في كتابه الذي سبقت الإشارة إليه (٢/ ١٨١ ـ ١٨٨) حيلتين:

الحيلة الأولى: هي أن ينشىء صاحب المال مع العامل شركة توصية، يقدم فيها صاحب المال ماله، والعامل عمل، فيشتركان في الربح والخسارة. ثم يعقب عقد الشركة عقد تأمين بين الشريكين نفسيهما، بموجبه ينزل صاحب المال عن جزء من أرباحه المحتملة في مقابل أن يؤمنه العامل من الخسارة، وبفضل عقد التأمين هذا يصبح صاحب المال ذا حق في ربح محتمل، ولا يشارك في الخسارة التي أمّن نفسه منها. ثم يتلو عقد التأمين عقد ثالث هو عقد بيع. بموجبه يبيع صاحب المال للعامل ربحه المحتمل في مقابل مبلغ محقق من المال يكون هو الفائدة. فإذا كان صاحب المال بموجب عقد الشركة يساهم في الربح والخسارة ويقدر ربحه المحتمل بمقدار ٣٠٪، فهو ينزل في عقد التأمين عن ١٠٪ ليأمن الخسارة فيكون ربحه المحتمل دون مشاركة في الخسارة هو ٢٠٪، ثم ينزل في عقد البيع عن ١٠٪ لينقلب ربحه المحتمل وهو ٢٠٪ إلى ١٠٪ ربحاً مضموناً، وهذه هي الفائدة لرأس ماله.

الحيلة الثانية: هي ما يدعى «بعقد المخاطرة» (contracu mohatrace)[1] وقد استعيرت من الحيل التي لجأ إليها الفقه الإسلامي، وصورتها أن يبيع رجل من آخر سلعة قيمتها أربعمائة بخمسمائة مؤجلة إلى سنتين، ثم يبيع المشتري ـ وقد أصبح مالكاً للسلعة التي اشتراها ـ السلعة نفسها إلى البائع نقداً بقيمتها أي بأربعمائة. فينتهي أمرهما إلى أن المشتري قد حصل من البائع على أربعمائة يؤديها خمسمائة بعد سنتين، وهذا هو الربا بعينه مستتراً تحت صفقتين متتابعتين من البيع. ويتصل بذلك بيع الوفاء، فإنه قد يخفي رهناً يضمن قرضاً بربا فاحش، فيشتري المرابى الدار بمبلغ أقل من قيمتها، ثم يستولي على الريع وهذه هي الفائدة، فإذا أعاد البائع له الثمن واسترد الدار كان

---

(١) ولفظ «mohatrae»كلمة إسبانية يغلب أن تكون مأخوذة من أصل عربي هو كلمة مخاطرة.

المشتري (المقرض) قد استولى على الفائدة من الريع، وإن لم يعد له الثمن فقد استولى على الفائدة من الريع وعلى الدار نفسها في مبلغ أقل من قيمتها كما سبق القول.

وهكذا عن طريق الاستثنئات والحيل ضاقت منطقة الربا في أوربا شيئاً فشيئاً، ثم أتت الثورة الفرنسية فأباحت تقاضي الفوائد، وانتقلت الإباحة إلى تقنين نابليون في سنة ١٨٠٤، وهو التقنين المدني الفرنسي المعمول به حتى العصر الحاضر، ثم صدر في فرنسا قانون ٣ سبتمبر سنة ١٨٠٨ يحدد السعر القانوني للفائدة ٥٪ في المسائل المدنية و٦٪ في المسائل التجارية. وألغى قانون ١٢ يناير سنة ١٨٨٦ حد السعر القانوني للمسائل التجارية. وأوقف قانون ١٦ أبريل سنة ١٩١٨ حد السعر القانوني للمسائل المدنية. وإذا أصبح سعر الفائدة حرّاً خالياً من القيود التشريعية، صدر قانون ٥ أغسطس سنة ١٩٣٥ يجعل من يقرض بسعر أعلى بقدر النصف من السعر المعتاد لظروف هذا القرض مرتكباً لجريمة الربا الفاحش، ويخصم ما قبضه أعلى من السعر المعتاد من الفوائد المستحقة ثم في رأس المال نفسه، وما زاد على ذلك يسترده المقترض، وجعل التقنين المدني الإيطالي الجديد السعر القانوني للفائدة ٥٪، وأجاز الاتفاق دون قيد على سعر أعلى من ذلك. ولكن التقنين الجنائي الإيطالي (م ٦٤٤) يعاقب على الربا الفاحش، وهو ما جاوز الحدود المعقولة للفائدة بشرط أن يستغل المرابي حاجة المقترض إلى المال.

الربا في الإسلام والتياران المتعارضان فيه:

وفي الإسلام اتسعت منطقة الربا في البداية إلى حد كبير كما شاهدنا، ثم أخذت تضيق بعد ذلك تحت ضغط العوامل الاقتصادية.

وسبق ذلك الحيل الكثيرة التي كانت تستعمل للوصول إلى تقاضي الأرباح المحرمة. ويندد ابن القيم «**أعلام الموقعين**» (٢/ ١٠٦) بهذه الحيل فيقول: «وإذا كان أرباب الحيل يجوزون بيع عشرة بخمسة عشر في خرقة تساوي فلساً، ويقولون الخمسة في مقابلة الخرقة... والذي يقضي منه العجب مبالغتهم في ربا الفضل أعظم مبالغة... وجاءوا إلى ربا النسيئة ففتحوا للتحيل عليه كل باب فتارة بالعينة، وتارة بالمحلل، وتارة بالشرط المتقدم المتواطأ عليه ثم يطلقون العقد من غير اشتراط، وقد علم الله والكرام الكاتبون والمتعاقدون ومن حضر أنه عقد ربا مقصوده وروحه بيع خمسة عشر مؤجلة بعشرة نقداً ليس إلاّ، ودخول السلعة كخروجها حرف جاء لمعنى في غيره». والعينة في عقد «المخاطرة» الذي أشرنا إليه فيما تقدم، ويصفه ابن رشد («**بداية المجتهد**» ٢/ ١٢٢) على الوجه الآتي: «أن يقول رجل لرجل أعطني عشرة دنانير على أن أدفع لك إلى مدة كذا ضعفها. فيقول له هذا لا يصلح، ولكن أبيع منك سلعة كذا، لسلعة يسميها ليست عنده، بهذا العدد، ثم يعمد هو فيشتري تلك السلعة فيقبضها له بعد أن كمل البيع بينهما، وتلك السلعة قيمتها قريب مما كان سأله أن يعطيه من الدراهم قرضاً، فيرد عليه ضعفها». وجاء في «**الفتاوى الهندية**» (٣/ ٢٠٢ و٢٠٣): «وكذلك إذا أقرض رجل دراهم أو دنانير ليشتري المستقرض من المقرض متاعاً بثمن غال فهو مكروه.. هذا إذا تقدم القرض على البيع. فأما إذا تقدم البيع على القرض، وصورة ذلك رجل طلب من رجل أن يعامله بمائة دينار، فباع المطلوب منه المعاملة من الطالب

ثوباً قيمته عشرون ديناراً بأربعين ديناراً، ثم أقرضه ستين ديناراً، حتى صار للمقرض على المستقرض مائة دينار، وحصل للمستقرض ثمانون ديناراً، فذكر الخصاف أن هذا جائز. وهذا مذهب محمد بن سلمة إمام بلخ، فإنه روي أنه كان له سلع، وكان إذا استقرض إنسان منه شيئاً كان يبيعه أولاً سلعة بثمن غال، ثم يقرضه بعض الدنانير إلى تمام حاجته. وكثير من المشايخ كانوا يكرهون ذلك، وكانوا يقولون هذا قرض جر نفعاً. ومن المشايخ من قال إن كانا في مجلس واحد يكره، وإن كانا في مجلسين مختلفين لا بأس به. وكان شمس الأئمة الحلواني يفتي بقول الخصاف وبقول محمد بن سلمة، كذا في المحيط». وما زالت الأذهان تتفتق للوصول إلى تحليل الربا عن حيل من مثل ما ذكرناه، حتى انتهى الأمر إلى صدور أوامر سلطانية بتنظيم الفائدة وتحديد سعرها(١).

وقد ظهر منذ البداية، في السنين الأولى من الصدر الأول من الإسلام، تياران متعارضان في أمر الربا: المتشددون فيه يوسعون منه حتى يطغى على كثير من ضروب التعامل، والمضيقون منه يحصرونه في دائرة محدودة لا يجاوزها. والربا كالخمر، حرمة القرآن الكريم تدرجاً لا طفرة، وعلى مراحل تضاهي مراحل تحريم الخمر. فأول آية نزلت فيه آية مكية: ﴿وَمَآ ءَاتَيْتُم مِّن رِّبًا لِّيَرْبُوَا۟ فِىٓ أَمْوَٰلِ ٱلنَّاسِ فَلَا يَرْبُوا۟ عِندَ ٱللَّهِ ۖ وَمَآ ءَاتَيْتُم مِّن زَكَوٰةٍ تُرِيدُونَ وَجْهَ ٱللَّهِ فَأُو۟لَٰٓئِكَ هُمُ ٱلْمُضْعِفُونَ﴾ [الروم: ٣٩]. ثم نزلت بعد ذلك آية مدنية: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوا۟ لَا تَأْكُلُوا۟ ٱلرِّبَوٰٓا۟ أَضْعَٰفًا مُّضَٰعَفَةً ۖ وَٱتَّقُوا۟ ٱللَّهَ لَعَلَّكُمْ تُفْلِحُونَ ﴿١٣٠﴾ وَٱتَّقُوا۟ ٱلنَّارَ ٱلَّتِىٓ أُعِدَّتْ لِلْكَٰفِرِينَ ﴿١٣١﴾﴾ [آل عمران: ١٣٠ - ١٣١]. وآخر آية نزلت في الربا آية مدنية حرمته تحريماً شديداً: ﴿ٱلَّذِينَ يَأْكُلُونَ ٱلرِّبَوٰا۟ لَا يَقُومُونَ إِلَّا كَمَا يَقُومُ ٱلَّذِى يَتَخَبَّطُهُ ٱلشَّيْطَٰنُ مِنَ ٱلْمَسِّ ۚ ذَٰلِكَ بِأَنَّهُمْ قَالُوٓا۟ إِنَّمَا ٱلْبَيْعُ مِثْلُ ٱلرِّبَوٰا۟ ۗ وَأَحَلَّ ٱللَّهُ ٱلْبَيْعَ وَحَرَّمَ ٱلرِّبَوٰا۟ ۚ فَمَن جَآءَهُۥ مَوْعِظَةٌ مِّن رَّبِّهِۦ فَٱنتَهَىٰ فَلَهُۥ مَا سَلَفَ وَأَمْرُهُۥٓ إِلَى ٱللَّهِ ۖ وَمَنْ عَادَ فَأُو۟لَٰٓئِكَ أَصْحَٰبُ ٱلنَّارِ ۖ هُمْ فِيهَا خَٰلِدُونَ ﴿٢٧٥﴾ يَمْحَقُ ٱللَّهُ ٱلرِّبَوٰا۟ وَيُرْبِى ٱلصَّدَقَٰتِ ۗ وَٱللَّهُ لَا يُحِبُّ كُلَّ كَفَّارٍ أَثِيمٍ ﴿٢٧٦﴾ إِنَّ ٱلَّذِينَ ءَامَنُوا۟ وَعَمِلُوا۟ ٱلصَّٰلِحَٰتِ وَأَقَامُوا۟ ٱلصَّلَوٰةَ وَءَاتَوُا۟ ٱلزَّكَوٰةَ لَهُمْ أَجْرُهُمْ عِندَ رَبِّهِمْ وَلَا خَوْفٌ عَلَيْهِمْ وَلَا هُمْ يَحْزَنُونَ ﴿٢٧٧﴾ يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوا۟ ٱتَّقُوا۟ ٱللَّهَ وَذَرُوا۟ مَا بَقِىَ مِنَ ٱلرِّبَوٰٓا۟ إِن كُنتُم مُّؤْمِنِينَ ﴿٢٧٨﴾ فَإِن لَّمْ تَفْعَلُوا۟ فَأْذَنُوا۟ بِحَرْبٍ مِّنَ

---

(١) انظر «ابن عابدين» (٤/ ١٩٥ ـ ٢٦٦). وانظر مقال الأستاذ زكي الدين بدوي المنشور في مجلة القانون والاقتصاد السنة التاسعة (٥٣٦ هامش ١)، ويقول في نهاية الهامش: «وخلاصة هذا الكلام أن من الفقهاء من أجازوا بيع شيء بأكثر من قيمته بغية الحصول على القرض، وأنه استعملت هذه الفتوى في الحيلة على جواز القرض بفائدة٪ «وأنه أسيء استعمالها بالإكثار من نسبة هذه الفائدة المستترة بما يعد غبناً للمقترضين وإرهاقاً لهم. فصدر أمر سلطاني بتنظيم الفائدة بجعلها نصفاً في العشرة، أي ٥٪، ثم صدر أمر آخر بجعلها ١,٥ في العشرة، أي جعل الفائدة بسعر ١٥٪، وأنه روى ضرورة صدور أمر لتنظيم معاملة مشروعة هي السلم، أسيء استعمالها بما جعلها أكثر ضرراً من القرض بفائدة المتحايل على مشروعيته». وانظر ما جاء في المقال المذكور عن فتاوى الأستاذ الإمام محمد عبده في تحليل ربح صندوق التوفير (٥٥١ ـ ٥٥٥) وعقود التأمين (٥٦٢) وفتاوى السيد رشيد رضا في بيع الدين بالنقد، والأوراق المالية وفي «أعمال البورصة (٥٥٥ ـ ٥٦٢). وانظر في الربا في الفقه الإسلامي الأستاذ شكري قرداحي في كتابه المشار إليه «القانون والأخلاق (٢/ ٢٠٠ ـ ٢١٠) وكيف تطور الربا في المسيحية وفي الإسلام (٢١٠ ـ ٢٢١).

ٱللَّهِ وَرَسُولِهِۦ وَإِن تُبْتُمْ فَلَكُمْ رُءُوسُ أَمْوَٰلِكُمْ لَا تَظْلِمُونَ وَلَا تُظْلَمُونَ ﴿٢٧٩﴾﴾ [البقرة: ٢٧٩]. وكانت هذه الآية من آخر من نزل من القرآن. ويقول عمر: «إن آية الربا من آخر ما نزل من القرآن، وأن النبي ﷺ قبض قبل أن يبينه لنا، فدعوا الربا والريبة». ويقول: «ثلاث وردت لو أن رسول الله كان عهد إلينا فيهن عهداً ينتهي إليه: الجد والكلالة وأبواب من الربا» يعني بذلك بعض المسائل التي فيها شائبة الربا.

فالربا والريبة! أو الربا وشائبة الربا! هذا هو ما دعا المتشددين، وهم في هذه الحيرة من أمر الربا، آن يوسعوا في أبوابه، حتي يتقوه، لا هو بالذات فحسب، بل هو وريبته، أي الربا وشائبة الربا. وعمر نفسه هو الذي يقول: إنا والله ما ندري لعلنا نأمركم بأمور لا تصلح لكم، ولعلنا ننهاكم عن أمور تصلح لكم، وأنه كان من آخر القرآن نزولاً آيات الربا، فتوفي رسول الله ﷺ قبل أن يبينه لنا، فدعوا ما يريبكم إلى ما لا يريبكم». ثم يقول: «لقد خفت أن نكون قد زدنا في الربا عشرة أضعافه بمخافته»، أو يقول: «تركنا تسعة أعشار الحلال مخافة الربا».

ويعارض هذا التيار من التشدد في الربا تيار آخر يتلطف فيه ويحصره في دائرة ضيقة، وعلى رأس من يمثلون هذا التيار الثاني عبد الله بن عباس ومعه طائفة من الصحابة، يقصرون الربا على الذي كان معروفاً منه في الجاهلية ونزل فيه القرآن. ولكن ما لبث التيار الأول أن جرف التيار المعارض، وقامت الكثرة الغالبة من الفقهاء يساندونه ويؤيدونه حتى كانت له الغلبة في الفقه الإسلامي.

اتجاهات ثلاثة في التضييق من منطقة الربا:

على أن فريقاً من الفقهاء، وعلى رأسهم ابن رشد وابن القيم، حاولوا أن يكسروا من حدة تطرف المتشددين في الربا. فميزوا بين ربا النسيئة، وجعلوه هو الربا الجلي أو الربا القطعي وهو حرام لذاته، وبين ربا الفضل، وجعلوه ربا خفيّاً أو رباً غير قطعي وهو حرام أيضاً لكن لا لذاته بل لأنه ذريعة إلى ربا النسيئة فتحريمه هو إذن من باب سد الذرائع.

ثم تأكد هذا الاتجاه باتجاه أكثر منه تضييقاً لمنطقة الربا، فجعل كلا من ربا الفضل وربا النسيئة الواردين في الحديث الشريف محرمين لا لذاتهما بل سدّاً للذرائع، وربا الجاهلية هو وحده المحرم لذاته.

فنحن إذن نواجه - إذا أضفنا اتجاه ابن عباس - اتجاهات ثلاثة متدرجة في التضييق من منطقة الربا: أقلها تضييقاً لهذه المنطقة هو اتجاه ابن رشد وابن القيم الذي يميز ما بين ربا الفضل وربا النسيئة، فالأول هو ربا خفي والثاني هو الجلي. ثم يتلوه في التضييق الاتجاه الثاني، وهو الذي يميز ما بين الربا الوارد في الحديث الشريف والربا الوارد في القرآن الكريم، فالثاني دون الأول هو الربا الجلي. وأشد الاتجاهات تضييقاً لمنطقة الربا هو الاتجاه الثالث الذي كان عبد الله ابن عباس يترسمه، وهو لا يعتد إلاّ بالربا الوارد في القرآن الكريم وهو ربا الجاهلية، فهو وحده الذي يحرمه ولا يحرم غيره من ضروب الربا فصلاً كان أو نسيئة.

أولاً: الاتجاه الذي يميز ما بين ربا الفضل وربا النسيئة

الأول هو ربا خفي والثاني هو الربا الجلي

ربا النسيئة ربا جلي وربا الفضل ربا خفي:

صاحب هذا الاتجاه هو ابن القيم، فهو يميز في وضوح وإسهاب بين ربا النسيئة وهو ربا جلي أو ربا قطعي، وبين ربا الفضل وهو ربا خفي أو ربا غير قطعي.

ولعل ابن رشد لا يبعد كثيراً عن ذلك فهو يقول في «**بداية المجتهد**» (٢/ ١٠٦) «واتفق العلماء على أن الربا يوجد في شيئين: في البيع وفيما تقرر في الذمة من بيع أو سلف أو غير ذلك. فأما الربا فيما تقرر في الذمة فهو صنفان: صنف متفق عليه وهو ربا الجاهلية الذي نهى عنه، ذلك أنهم كانوا يسلفون بالزيادة وينظرون، فكانوا يقولون انظرني أزدك». وهذا هو الذي عناه عليه الصلاة والسلام بقوله في حجة الوداع: ألا وإن ربا الجاهلية موضوع، وأول ربا أضعه ربا العباس بن عبد المطلب. والثاني ضع وتعجل، وهو مختلف فيه».

أما ابن القيم فعنده أن ربا النسيئة محرم لذاته تحريم مقاصد، وهو الذي نزل فيه القرآن وكانت عليه العرب في الجاهلية، وهو الربا الذي لا شك فيه كما يقول أحمد بن حنبل. أما ربا الفضل فهو محرم أيضاً، ولكن تحريم وسائل من باب سد الذرائع لا تحريم مقاصد كما حرم ربا النسيئة. ووجه ذلك أن بيع خمسة دنانير بستة نسيئة غير جائز، وهذا هو ربا النسيئة وكذلك هو غير جائز بيعاً حالاً، وهذا هو ربا الفضل ذلك أننا لو أجزناه حالاً وحرمناه نسيئة، لاتخذ الناس الحال ذريعة إلى النسيئة. ولباع رجل من آخر خمسة دنانير في ستة بزعم أن البيع حال، ويتواضعان على أجل يقبض البائع عند حلوله ستة الدنانير، فيكون قد باع الخمسة في الستة نسيئة واتخذ ذريعة له في ذلك صورة البيع الحال، ويكون ربا الفضل ذريعة إلى ربا النسيئة، فحرم تحريم الوسائل لا تحريم المقاصد كما قدمنا[1].

وهذا هو ما ورد في «**أعلام الموقعين**» لابن القيم (٢/ ٩٩ ـ ١٠٠) يوضح ما قدمناه: «الربا نوعان: جلي وخفي. فالجلي حرم لما فيه من الضرر العظيم، والخفي حرم لأنه ذريعة إلى

---

(١) وللذريعة عند ابن القيم معنى آخر غير ما تقدم: إذا أجيز بيع خمسة دنانير في ستة، أو بيع خمسة قفزان من الحنطة في ستة بيعاً حالاً، لدفعت لذة الكسب في التجارة الحاضرة إلى التماس كسب زيد في التجارة المؤخرة فيتعاقد المتبايعان على الحلول وقصدهما التأجيل في مقابل فضل أكبر: خمسة دنانير في سبعة أو خمسة قفزان في سبعة، ويزعمان أن البيع حال ليجيزا ربا النساء تحت ستار ربا الفضل، فإن المتعاقدين قد. يتعاقدان على الحلول والعادة جارية يصبر أحدهما على الآخر، كا يفعل أرباب الحيل يطلقون العقد وقد تواطؤوا على أمر آخر كما يطلقون عقد النكاح وقد اتفقوا على التحليل، ويطلقون بيع السلعة إلى أجل وقد اتفقوا على أنه يعيدها إليه بدون ذلك الثمن. فلو جوز لهم التفرق قبل القبض، لأطلقوا البيع حالاً وأخروا الطلب لأجل الربح فيقعوا في نفس المحذور. فمنعوا من ذلك، حتى منعوا من التفرق قبل القبض، إتماماً لهذه الحكمة ورعاية لهذه المصلحة «**أعلام الموقعين**» (٢/ ١٠٣).

الجلي. فتحريم الأول قصداً، وتحريم الثاني وسيلة. فأما الجلي فربا النسيئة، وهو الذي كان يفعلونه في الجاهلية مثل أن يؤخر دينه ويزيده في الحال، وكلما أخره زاده في المال، حتى تصير المائة عنده آلافاً مؤلفة. فإذا رأى أن المستحق يؤخر مطالبته ويصبر عليه بزيادة يبذلها له، تكلف بذلها ليفتدي من أسر المطالبة والحبس، ويدافع من وقت إلى وقت، فيشتد ضرره، وتعظم مصيبته. ويعلوه الدين حتى يستغرق جميع موجوده، فيربو المال على المحتاج من غير نفع يحصل له، ويزيد مال المرابي من غير نفع يحصل منه لأخيه، فيأكل مال أخيه بالباطل ويحصل أخوه على غاية الضرر. فمن رحمة أرحم الراحمين وحكمته وإحسانه إلى خلقه أن حرم الربا، ولعن آكله وموكله وكاتبه وشاهديه وآذن من لم يدعه بحربه وحرب رسوله. ولم يجيء هذا الوعيد في كبيرة غيره، ولهذا كان من أكبر الكبائر. وسئل الإمام أحمد عن الربا الذي لا شك فيه. فقال هو أن يكون له دين فيقول له أتقضي أم تربي، فإن لم يقضه زاده في المال وزاده هذا في الأجل. . وفي الصحيحين من حديث ابن عباس عن أسامة بن زيد أن النبي ﷺ قال: إنما الربا النسيئة، ومثل هذا يراد به حصر الكمال وأن الربا الكامل إنما هو النسيئة، كما قال تعالى: ﴿إِنَّمَا الْمُؤْمِنُونَ الَّذِينَ إِذَا ذُكِرَ اللَّهُ وَجِلَتْ قُلُوبُهُمْ وَإِذَا تُلِيَتْ عَلَيْهِمْ آيَاتُهُ زَادَتْهُمْ إِيمَانًا وَعَلَىٰ رَبِّهِمْ يَتَوَكَّلُونَ﴾ [الأنفال: ٢] إلى قوله: **(أولئك هم المؤمنون حقاً)**، وكقول ابن مسعود إنما العالم الذي يخشى الله. وأما ربا الفضل فتحريمه من باب سد الذرائع، كما صرح به في حديث أبي سعيد الخدري رضي الله عنه النبي ﷺ: لا تبيعوا الدرهم بالدرهمين فإني أخاف عليكم الرما. والرما هو الربا، فمنعهم من ربا الفضل لما يخافه عليهم من ربا النسيئة، وذلك أنهم إذا باعوا درهماً بدرهمين، ولا يفعل هذا إلاّ للتفاوت الذي بين النوعين إما في الجودة وإما في السكة وإما في الثقل والخفة وغير ذلك. تدرجوا بالربح المعجل فيها إلى الربح المؤخر، وهو عين ربا النسيئة، وهذه ذريعة قريبة جداً فمن حكمة الشارع أن سد عليهم هذه الذريعة، ومنعهم من بيع درهم بدرهمين نقداً ونسيئة، فهذه حكمة معقولة مطابقة للعقول، وهي تسد عليهم باب المفسدة». ويقول ابن القيم بعد ذلك (٢/ ١٠٢ - ١٠٣) «. . . فكان من رحمة الشارع بهم وحكمته أن منعهم من ربا النساء فيها كما منعهم من ربا النساء في الأثمان إذ لو جوز لهم النساء فيها لدخلها إما أن تقضي وإما أن تربي، فيصير الصاع الواحد لو أخذ قفزاناً كثيرة، ففطموا عن النساء. ثم فطموا عن بيعها متفاضلاً يداً بيد، إذ تجرهم حلاوة الربح وظفر الكسب إلى التجارة فيها نساء وهو عين المفسدة. وهذا بخلاف الجنسين المتباينين، فإن حقائقهما وصفاتهما ومقاصدهما مختلفة، ففي إلزامهم المساواة في بيعها إضرار بهم، ولا يفعلونه في تحويز النساء بينها ذريعة إلى إما أن تقضي وإما أن تربي. فكان من تمام رعاية مصالحهم أن قصرهم على بيعها يداً بيد كيف شاء، فحصلت لهم مصلحة المبادلة، واندفعت عنهم مفسدة إما أن تقضي وإما أن تربي. . . وإذا تأملت ما حرم فيه النساء رأيته إما صنفاً واحداً أو صنفين مقصودهما واحد أو متقارب كالدراهم والدنانير والبر والشعير والتمر والزبيب، فإذا تباعدت المقاصد لم يحرم النساء كالبر والثياب والحديد والزيت. يوضح ذلك أنه لو مكن من بيع مد حنطة بمدين، كان ذلك تجارة حاضرة، فتطلب النفوس التجارة المؤخرة للذة الكسب وحلاوته فمنعوا من ذلك. حتى منعوا من التفرق قبل القبض إلخ».

ما يترتب على التمييز بين ربا النسيئة وربا الفضل:

ويترتب على التمييز بين ربا النسيئة وربا الفضل نتيجة هامة. ذلك أنه ما كان ربا النسيئة محرماً لذاته تحريم المقاصد، وكان ربا الفضل محرماً باعتباره وسيلة تحريم الوسائل لا تحريم المقاصد، فإن درجة التحريم في ربا النسيئة أشد منها في ربا الفضل. ومن ثم لا يجوز ربا النسيئة إلاّ لضرورة ملجئة، كالضرورة التي تبيح أكل الميتة والدم. أما ربا الفضل فيجوز للحاجة، ولا يخفى أن الحاجة أدنى من الضرورة، فكلما اقتضت الحاجة التعامل بربا الفضل جاز ذلك. ومن ثم تضيق منطقة هذا الربا إذا قاما الحاجة إلى إباحته في بعض صوره بحيث يتبين في هذه الصور أنه لا يمكن اتخاذه ذريعة لربا النسيئة، فينتفي سبب التحريم.

ثم إن ربا الفضل، على النقيض مما تقدم، تتسع منطقته إذا كان في اتساعها سد للذرائع، إذ هو ذاته إنما حرم لأنه ذريعة لربا النسيئة.

فربما الفضل إذن تسيطر عليه فكرتان: الشبهة والحاجة. فهو دائرة مرنة، تتسع عند الشبهة، وتضيق عند الحاجة.

ربا الفضل تتسع دائرته عند الشبهة:

أما أن رباالفضل تتسع دائرته عند الشبهة، فمن الأمثلة على ذلك بيع الجيد بالرديء في الأصناف الربوية، وبيع صنف من الربويات بصنف مثله ومعه عرض أو دراهم.

فبيع الجيد بالردىء في الأصناف الربوية يتصور «بأن يباع منها صنف واحد وسط في الجودة بصنفين أحدهما أجود من ذلك الصنف والآخر أردأ. مثل أن يبيع مدين من تمر وسط بمدين تمر أحدهما أعلى من الوسط والآخر أدون منه. فإن مالكاً يرد هذا لأنه يتهمه أن يكون إنما قصد أن يدفع مدّين من الوسط في مد من الطيب، فجعل من الردىء ذريعة إلى تحليل ما لا يجب من ذلك» «**بداية المجتهد**» (٢/ ١١٦).

وبيع صنف من الربويات بصنف مثله ومعه عرض أو دراهم يتحقق إذا كان الصنف الذي يجعل معه العرض أقل من الصنف المفرد، أو يكون مع كل واحد منهما عرض والصنفان مختلفان في القدر. «فالأول مثل أن يبيع كيلين من التمر بكيل من التمر ودهم، والثاني مثل أن يبيع كيلين من التمر وثوباً بثلاثة أكيال من التمر ودرهم. فقال مالك والشافعي والليث إن ذلك لا يجوز، وقال أو حنيفة والكوفيون إن ذلك جائز. فسبب الخلاف هل ما يقابل العرض من الجنس الربوي ينبغي أن يكون مساوياً له في القيمة أو يكفي في ذلك رضا البائع. فمن قال الاعتبار بمساواته في القيمة قال لا يجوز لمكان الجهل بذلك، لأنه إذا لم يكن العرض مساوياً لفضل أحد الربويين على الثاني كان التفاضل ضرورة. مثال ذلك أنه إذا باع كيلين من تمر بكيل وثوب، فقد يجب أن تكون قيمة الثوب تساوي الكيل وإلاّ وقع التفاضل ضرورة. وأما أبو حنيفة فيكتفي في ذلك بأنه يرضى به المتبايعان. ومالك يعتبر أيضاً في هذا سد الذريعة، لأنه إنما جعل جاعل ذلك ذريعة إلى بيع الصنف الواحد متفاضلاً. فهذه مشهورات مسائلهم في هذا الجنس» («**بداية المجتهد**» ٢/ ١١٦).

ويعرض ابن رشد بعد ذلك لبيوع الذرائع الربوية («**بداية المجتهد**» ٢/ ١١٦ ـ ١١٩)، وهي

بيوع من قبيل البيوع المتقدمة الذكر ليست صريحة في الربا، وإنما تنطوي على شبهة الربا أو على شبهة الشبهة.

من ذلك البيوع التي يعرفونها ببيوع الآجال، والذي يعنينا منها صورة بيع العينة (أو المخاطرة)، وتتحقق بأن يبيع الرجل سلعة بثمن إلى أجل، ثم يشتريها نقداً بأقل من الثمن. «فعند مالك وجمهور أهل المدينة من ذلك لا يجوز، وقال الشافعي وداود وأبو ثور يجوز. فمن منعه، فوجه منعه اعتبار البيع الثاني بالبيع الأول، فاتهمه أن يكون إنما قصد دفع دنانير في أكثر منها إلى أجل وهو الربا المنهي عنه، فزورا لذلك هذه الصورة ليصلا بها إلى الحرام، مثل أن يقول قائل لآخر اسلفني عشرة دنانير إلى شهر وأرد إليك عشرين ديناراً، فيقول هذا لا يجوز، ولكن أبيع منك هذا (الشيء) بعشرين إلى شهر ثم أشتريه منك بعشرة نقداً.. ومن الحجة لمن رأى هذا الرأي حديث عن عائشة أنها سمعتها وقد قالت لها امرأة كانت أم ولد لزيد بن أرقم: يا أم المؤمنين إني بعت من زيد إلى العطاء بثمانمائة، فأحتاج إلى ثمنه فاشتريته منه قبل محل الأجل بستمائة. فقالت عائشة بئسما شريت وبئسما اشتريت، أبلغي زيداً أنه قد أبطل جهاده مع رسول الله ﷺ إن لم يتب. قالت أرأيت إن تركت وأخذت الستمائة، قالت نعم فمن جاءه موعظة من ربه فانتهى فله ما سلف. قال الشافعي وأصحابه لا يثبت حديث عائشة، وأيضاً فإن زيداً قد خالفها، وإذا اختلفت الصحابة فمذهبنا القياس. وروى مثل قول الشافعي عن ابن عمر. وأما إذا حدث بالمبيع نقص عند المشتري الأول، فإن الثوري وجماعة من الكوفيين أجازوا لبائعه بالنظرة أن يشتريه نقداً بأقل من ذلك الثمن، وعند مالك في ذلك روايتان والصور التي يعتبرها مالك في الذرائع في هذه البيوع هي أن يتذرع منها إلى: أنظرني أزدك، أو إلى بيع ما لا يجوز متفاضلاً، أو إلى بيع ما لا تجوز نساء أو إلى بيع وسلف أو إلى ذهب وعرض بذهب، أو إلى ضع وتعجل، أو إلى بيع الطعام قبل أن يستوفي، أو إلى بيع وصرف، فإن هذه هي أصول الربا» («**بداية المجتهد**» ١١٨).

ومن ذلك أيضاً استعجال الوفاء بالدين بوضيعة يرضاها للدائن وهو الذين يقال له «ضع وتعجل» ففيه شبهة الربا. ذلك أن الدائن الذي يضع من الدين حتى يتعجل استيفاءه قد جعل للزمان مقداراً من الدين كما فعل الدائن الذي زاد في الدين عندما زاد في الأجل. ويقول ابن رشد: «أما ضع وتعجل، فقد أجازه ابن عباس من الصحابة وزفر من فقهاء الأمصار، واختلف قول الشافعي في ذلك، وأجازه مالك... وعمدة من لم يجز ضع وتعجل أنه شبيه بالزيادة مع النظرة المجتمع على تحريمها، ووجه شبهه أنه جعل للزمان مقداراً من الثمن بدلاً منه في الموضعين جميعاً، وذلك أنه هنالك لما زاد له في الزمان زاد له عرضه ثمناً، وهنا لما حط عنه الزمان حط عنه في مقابلته ثمناً. وعمدة من أجازه ما روي عن ابن عباس أن النبي ﷺ لما أمر بإخراج بني النضير، جاءه ناس منهم فقالوا يا نبي الله إنك أمرت بإخراجنا ولنا على الناس ديون لم تحل. فقال رسول الله ﷺ ضعوا وتعجلوا». («**بداية المجتهد**» ٢/١١٩).

ويتبين مما تقدم أن ربا الفضل تتسع دائرته بالشبهة، فيحرم ما اتسع منها سدّاً للذرائع. وهو أيضاً تضيق دائرته للحاجة، فيجوز من ما كان ليس بجائز متى انتفت الشبهة وقامت الحاجة. وهذا ما ننتقل الآن إليه.

ربا الفضل تضيق دائرته عند الحاجة:

والحاجة هنا، كما قدمنا، ليست الضرورة الملحة التي تذهب في الإلحاح إلى حد إباحة الميتة والدم، ولكن يكفي أن تكون هناك مصلحة راجحة مشروعة تفوت بتحريم التفاضل ما بين البدلين. فالحاجة هي تحقيق هذه المصلحة الراجحة المشروعة وعدم تفويتها على المتبايعين.

ونذكر لهذا المبدأ الهام تطبيقات أربعة:

١ ـ بيع العرايا.

٢ ـ بيع المصوغ.

٣ ـ بيع ما دخلته الصنعة بوجه عام.

٤ ـ بيع الدراهم المسكوكة.

بيع العرايا:

يقول ابن القيم في **«أعلام الموقعين»** (٢/ ١٠٤): «وأما ربا الفضل فأبيح منه ما تدعو إليه الحاجة كالعرايا، فإن ما حرم سدّاً للذريعة أخف مما حرم تحريم المقاصد». ثم يقول (١٠٥): «إن تحريم ربا الفضل إنما كان سدّاً للذريعة كما تقدم بيانه، وما حرم سدّاً للذريعة أبيح للمصلحة الراجحة، كما أبيحت العرايا من ربا الفضل، وكما أبيحت ذوات الأسباب من الصلاة بعد الفجر والعصر، وكما أبيح النظر للخاطب والشاهد والطبيب والمعامل من جملة النظر المحرم، وكذلك تحريم الذهب والحرير على الرجال حرم لسد ذريعة التشبيه بالنساء الملعون فاعله، وأبيح منه ما تدعو إليه الحاجة».

ويقول صاحب الشرح الكبير على متن المقنع انظر **«المغني»** (٤/ ١٥١): «ولا يجوز بيع المزابنة، وهو بيع الرطب في رؤوس النخل بالتمر إلاّ في العرايا، وهو بيع الرطب في رؤوس النخل خرصاً، بمثله من التمر كيلاً، فيما دون خمسة أوسق، لمن به حاجة إلى أكل الرطب، ولا ثمن معه، ولا يجوز بيع المزابنة لأن النبي ﷺ نهى عن المزابنة، وهو بيع الرطب بالتمر، متفق عليه. . فأما العرايا فيجوز في الجملة. وهو قول أكثر أهل العلم، منهم مالك في أهل المدينة، والأوزاعي في أهل الشام، والشافعي وإسحاق وابن المنذر. وقال أبو حنيفة لا يحل بيعها لما ذكرنا من الحديث، لأنه بيع الرطب بالتمر من غير كيل في أحدهما. فلم يجز كما لو كان على وجه الأرض. ولنا ما روى أبو هريرة أن النبي ﷺ رخص في العرايا في خمسة أوسق أو دون خمسة أوسق، متفق عليه. . قال ابن المنذر الذي نهى عن المزابنة هو الذي أرخص في العرايا. وطاعة رسول الله ﷺ أولى، والقياس لا يصار إليه مع النص، مع أن في الحديث أنه أرخص في العرايا، والرخصة استباحة المحظور مع وجود السبب الحاظر فلو منع وجود السبب من الاستباحة لم يبق لنا رخصة بحال».

ونرى مما تقدم أنه يجوز بيع العرايا بشروط خمسة:

أولاً: أن يكون فيما دون خمسة أوسق، مع خلاف في الرأي في الخمسة ذاتها، وأما ما زاد

فلا يجوز بلا خلاف.

ثانياً: أن يكون مشتريها محتاجاً إلى أكلها رطباً، فمتى كان المشتري غير محتاج إلى أكل الرطب لم يجز شراؤها بالتمر. ولا تعتبر حاجة البائع، فلو باع رجل عرية من رجلين فيها أكثر من خمسة أوسق جاز، وقال أبو بكر والقاضي لا يجوز. ولنا أن المغلب في التجويز حاجة المشتري، بدليل ما روى محمود بن لبيد قال قلت لزيد بن ثابت ما عراياكم هذه؟ فسمى رجالاً محتاجين من الأنصار شكوا إلى رسول الله ﷺ أن الرطب يأتي ولا نقد بأيديهم يبتاعون به رطباً يأكلونه، وعندهم فضول من التمر، فرخص لهم أن يبتاعوا العرايا بخرصها من التمر الذي في أيديهم يأكلونه رطباً، وإذا كان سبب الرخصة حاجة المشتري لم تعتبر حاجة البائع إلى البيع، فلا يتقيد في حقه بخمسة أوسق، ولأننا لو اعتبرنا الحاجة من المشتري وحاجة البائع إلى البيع أفضى إلى ألا يحصل الإرفاق إذ لا يكاد يتفق وجود الحاجتين فتسقط الرخصة.

ثالثاً: ألا يكون للمشتري نقد يشتري به للخبر المذكور.

رابعاً: أن يشتريها بخرصها من التمر. ويجب أن يكون التمر الذي يشترى به معلوماً بالكيل، ولا يجوز جزافاً. . ولمسلم أن تؤخذ بمثل خرصها تمراً يأكلها أهلها رطباً. إذا ثبت ذلك فمعنى خرصها بمثلها من التمر أن ينظر الخارص إلى العرية، فينظر كم يجيء منها تمراً، فيشتريها بمثل الرطب الذي عليها لأنه بيع اشترطت المماثلة فيه فاعتبرت حال البيع كسائر البيوع، ولأن الأصل اعتبار المماثلة في الحال وألا يباع الرطب بالتمر. خولف في الأصل في بيع الرطب بالتمر، فبقي فيما عداه على قضية الدليل. قال القاضي والأول أصح، لأنه يبني على خرص الثمار في العشر، صحيح خرصة تمراً، ولأن المماثلة في بيع التمر بالتمر معتبرة حالة الادخار وبيع الرطب بمثله تمراً يفضي إلى فوات ذلك.

خامساً: التقابض في المجلس، وهو قول الشافعي ولا نعلم فيه مخالفاً، لأنه بيع تمر بتمر، فاعتبر فيه شروطه إلاّ ما استثناه الشرع مما لم يكن اعتباره في بيع العرايا. والقبض في كل واحد منهما على حبسه، ففي التمر اكتياله، وفي الثمر النخلية. وليس من شروطه حضور التمر عند النخيل، بل لو تبايعا بعد معرفة التمر والثمرة، ثم مضيا جميعاً إلى النخيل فسلمه إلى مشتريه، ثم مضيا إلى التمر فسلمه البائع: أو تسلم التمر أولاً ثم مضيا إلى النخل فسلمه، جاز، لأن التفرق لم يحصل قبل القبض. إذا ثبت هذا فإن بيع العرية يقع على وجهين، أحدهما أن يقول بعتك ثمرة هذه النخلة بكذا ويصفه، والثاني أن يكيل من الثمر بقدر خرصها ثم يقول بعتك هذا بهذا أو بعتك ثمرة النخلة بهذا التمر ونحو هذا. فإن باعه بمعين فقبضه بنقله وأخذه، وإن باعه بموصوف فقبضه بكيله.

ويتبين من ذلك أنه جاز التفاضل بين التمر والتمر في بيع العرايا للحاجة، فإن المشتري يعطي من التمر مثل ما يؤول إليه ما في النخل من الرطب عند الجفاف. وغني عن البيان أن التعادل التام بين ما أخذ المشتري من الرطب وما أخذ البائع من التمر غير ممكن، فإن التقدير إنما يكون بالخرص أي بالتخمين، فاحتمال التفاضل كبير، ومع ذلك جاز للحاجة، وبنص الحديث الشريف.

بيع المصوغ:

وهنا أيضاً تدعو الحاجة إلى إباحة التفاصل، فيجوز بيع الصياغة المباحة، كخاتم الفضة وحلية النساء، بفضة أو ذهب من مثلها متفاضلاً. والفضل في نظير الصياغة، وإلاّ فالعاقل لا يبيع المصوغ بوزنه من جنسه، فإن ذلك سفه وإضاعة للصنعة.

ويقول ابن القيم في **«أعلام الموقعين»** (٢/ ١٠٤ ـ ١٠٧) في هذه المسألة: «وعلى هذا فالمصوغ والحلية، إن كانت صياغته كالآنية، حرم بيعه بجنسه وبغير جنسه، وبيع هذا هو الذي أنكره عبادة على معاوية[١] فإنه يتضمن مقابلة الصياغة المحرّمة بالأثمان، وهذا لا يجوز، كآلات الملاهي. وأما إن كانت الصياغة مباحة، كخاتم الفضة وحلية النساء وما أبيح من حلية السلاح وغيرها، فالعاقل لا يبيع هذه بوزنها من جنسها فإنه سفه وإضاعة للصنعة. والشاعر أحكم من أن يلزم الأمة بذلك، فالشريعة لا تأتي به ولا تأتي بالمنع من بيع ذلك وشرائه لحاجة الناس إليه. فلم يبق إلاّ أن يقال لا يجوز بيعها بجنسها ألبته، بل بيعها بجنس آخر، وفي هذا من الحرج والعسر والمشقة ما تنفيه الشريعة، فإن أكثر الناس ليس عندهم ذهب يشترون به ما يحتاجون إليه من ذلك، والبائع لا يسمح ببيعه ببر وشعير وثياب، وتكليف الاستصناع لكل من احتاج إليه إما متعذر أو متعسر، والحيل باطلة في الشرع. وقد جوز الشارع بيع الرطب بالتمر لشهوة الرطب، وأين هذا من الحاجة إلى بيع المصوغ الذي تدعو الحاجة إلى بيعه وشرائه، فلم يبق إلاّ جواز بيعه كما تباع السلع، فلم لم يجز بيعه بالدراهم فسدت مصالح الناس. يوضحه أن الحلية المباحة صارت بالصنعة المباحة من جنس الثياب والسلع لا من جنس الأثمان، ولهذا لم تجب فيها الزكاة فلا يجري الربا بينها وبين الأثمان كما لا يجري بين الأثمان وبين سائر السلع... يوضحه أنه لا يعرف عن أحد من الصحابة أنه نهى أن يباع إلاّ بغير جنسه أو بوزنه، والمنقول عنهم إنما هو في الصرف[٢].. يوضحه أن تحريم ربا الفضل إنما كان سدّاً للذريعة كما تقدم بيانه، وما حرم سدّاً للذريعة أبيح للمصلحة الراجحة، كما أبيحت العرايا من ربا الفضل. وغاية ما في ذلك جعل الزيادة

---

(١) جاء في **«الروض النضير»** (٣/ ٢٢٩): «من حديث أبي الأشعث قال غزونا غزاة وعلى الناس معاوية، فغنمنا غنائم كثيرة، وكان فيما غنمناه آنية من فضة، فأمر معاوية رجلاً أن يبيعها من عطيات الناس، فسارع الناس في ذلك. فبلغ عبادة بن الصامت، فقام فقال إني سمعت رسول الله ﷺ ينهى عن بيع الذهب بالذهب والفضة بالفضة الجديدة. فبلغ ذلك معاوية، فقام خطيباً فقال ألا ما بال رجال يتحدثون عن رسول الله ﷺ أحاديث قد كنا نشهده ونصحبه ولم نسمعها منه، فقام عبادة، فأعاد القصة، ثم قال: لنحدثن بما سمعنا من رسول الله ﷺ وإن كره معاوية، ما أبالي ألا أصحبه في جنده ليلة سوداء. وقيل إن عمر كتب إلى معاوية ألا يبيع ذلك إلاّ مثلاً بمثل، وزناً بوزن، وقال لعبادة ارجع إلى أرضك فقبحت أرض لست فيها ولا أمثالك».

(٢) ومع ذلك فقد جاء في **«الروض التضير»** (٣/ ٢٢٦): أخرج البيهقي في سننه عن مجاهد قال كنت أطوف مع ابن عمر، فجاءه صانع فقال يا أبا عبدالرحمن إني أصوغ الذهب، ثم أبيع الشيء من ذلك بأكثر من وزنه. فاستفضل في ذلك قدر عمل يدي فيه، فنهاه عبد الله بن عمر عن ذلك، فجعل الصائغ يرد المسألة، وعبد الله ينهاه، حتى انتهى إلى باب المسجد أو إلى دابته يريد أن يركبها. ثم قال عبد الله بن عمر: «الدينار بالدينار، والدرهم بالدرهم، لا فضل بينهما، هذا عهد نبينا صلى الله عليه وآله وسلم إلينا، وعهدنا إليكم».

في مقابلة الصياغة المباحة المتقومة بالأثمان في الغصوب وغيرها، وإذا كان أرباب الحيل يجوزون بيع عشرة بخمسة عشر في خرقة تساوي فلساً ويقولون الخمسة في مقابلة الخرقة، فكيف ينكرون بيع الحلية بوزنها وزيادة تساوي الصناعة، وكيف تأتي الشريعة الكاملة الفاضلة التي بهرت العقول حكمة وعدلاً ورحمة وجلالة بإباحة هذا وتحريم ذلك! وهل هذا إلاّ عكس للمعقول والنظر والمصلحة! فإن قيل الصفات لا تقابل بالزيادة، ولو قوبلت بها لجاز بيع الفضة الجيدة بأكثر منها من الردية بيوع التمر الجيد بأزيد منه من الردىء، ولما أبطل الشارع ذلك علم أنه منع من مقابلة الصفات بالزيادة ـ قيل: الفرق بين الصنعة التي هي أثر فعل الآدمي، وتقابل بالأثمان، ويستحق عليها الأجرة، وبين الصفة التي هي مخلوقة لله لا أثر للعبد فيها ولا هي من صنعته. فالشارع بحكمته وعدله منع من مقابلة هذه الصفة بزيادة، إذ أن ذلك يفضي إلى نقضه ما شرعه من المنع من التفاضل، فإن التفاوت في هذه الأجناس ظاهر، والعاقل لا يبيع جنساً بجنسه إلاّ لما هو بينها من التفاوت، فإن كانا متساويين من كل وجه لم يفعل ذلك، فلو جوز لهم مقابلة الصفات بالزيادة لم يحرم عليهم ربا الفضل، وهذا بخلاف الصياغة التي جوز لهم المعاوضة عليها معه. . يوضحه أن الشارع لا يقول لصاحب هذه الصياغة بع هذا الصوغ بوزنه واخسر صياغتك، ولا يقول له لا تعمل هذه الصياغة واتركها، ولا يقول له تحيل على بيع المصوغ بأكثر من وزنه بأنواع الحيل، ولم يقل قط لا تبعه إلاّ بغير جنسه، ولم يحرم على أحد أن يبيع شيئاً من الأشياء بجنسه».

بيع ما دخلته الصنعة بوجه عام:

ويقاس على جواز بيع المصوغ بجنسه متفاضلاً للحاجة بيع كل شيء دخلته الصنعة بجنسه متفاضلاً متى قامت الحاجة إلى ذلك.

فيجوز بيع الخبز بالخبز متماثلاً ومتفاضلاً في بعض المذاهب. قال ابن رشد **«بداية المجتهد»** (٢/ ١١٤ ـ ١١٥): «واختلفوا من هذا الباب فيما تدخله الصنعة مما أصله منع الربا فيه، مثل الخبز بالخبز. فقال أبو حنيفة لا بأس ببيع ذلك متفاضلاً ومتماثلاً، لأنه قد خرج بالصنعة عن الجنس الذي فيه الربا. وقال الشافعي لا يجوز متماثلاً فضلاً عن متفاضل، لأنه قد غيرته الصنعة تغييراً جهلت به مقاديره التي تعتبر فيها المماثلة. وأما مالك، فالأشهر في الخبز عنده أنه يجوز متماثلاً، وقد قيل فيه أنه يجوز فيه التفاضل والتساوي. وأما العجين بالعجين فجائز عنده مع المماثلة. وسبب الخلاف هل الصنعة تنقله من جنس الربويات أو ليس تنقله، وإن لم تنقله فهل تمكن المماثلة فيه أولا تمكن. فقال أبو حنيفة تنقله، وقال مالك والشافعي لا تنقله. واختلفوا في إمكان المماثلة فيهما، فكان مالك يجيز اعتبار المماثلة في الخبز واللحم بالتقدير والحزر فضلاً عن الوزن. وأما إذا كان أحد الربويين لم تدخله صنعة والآخر قد دخلته الصنعة، فإن مالكاً يرى في كثير منها أن الصنعة تنقله من الجنس، أعني من أن يكونا جنساً واحداً فيجيز فيها التفاضل، وفي بعضها ليس يرى ذلك. وتفصيل مذهبه في ذلك عسير الانفصال. فاللحم المشوي والمطبوخ عنده من جنس واحد، والحنطة المقلوة عنده وغير المقلوة جنسان، وقد رام أصحابه التفصيل في ذلك.

والظاهر من مذهبه أنه ليس في ذلك قانون من قوله حتى ينحصر فيه أقواله فيها. وقد رام حصرها الباجي في المنتقى. وكذلك أيضاً يعسر حصر المنافع التي توجب عنده الاتفاق في شيء من الأجناس التي يقع بها التعامل وتمييزها من التي لا توجب ذلك، أعني في الحيوان والعروض والنبات. وسبب العسر أن الإنسان إذا سئل عن أشياء متشابهة في أوقات مختلفة لم يكن عنده قانون يعمل عليه في تمييزها إلاّ ما يعطيه بادىء النظر في الحال، جاوب فيها بجوابات مختلفة. فإذا جاء من بعده أحد فرام أن يجري تلك الأجوبة على قانون واحد، عسر ذلك عليه، وأنت تتبين ذلك من كتبهم»[١].

ويقول ابن القيم **«أعلام الموقعين»** (٢/ ١٠٨): «وأما الأصناف الأربعة، ففرعها إن خرج عن كونه قوتاً لم يكن من الربويات، وإن كانت قوتاً كان جنساً قائماً بنفسه، وحرم بيعه بجنسه الذي هو مثله متفاضلاً كالدقيق بالدقيق والخبز بالخبز، ولم يحرم بجنس آخر وإن كان جنسهما واحداً، فلا يحرم السمسم بالشيرج ولا الهريسة بالخبز، فإن هذه الصناعة لها قيمة فلا تضيع على صاحبها، ولم يحرم بيعها بأصولها في كتاب ولا سنة ولا إجماع ولا قياس، ولا حرام إلاّ ما حرمه الله كما أنه لا عبادة إلاّ ما شرعها الله، وتحريم الحلال كتحليل الحرام».

بيع الدراهم أو الدنانير المسكوكة:

وهنا يذهب ابن القيم إلى أن السكة لا تتقوم فيها الصناعة للمصلحة العامة المقصودة منها، فلا يجوز بيع الدراهم المسكوكة بفضة مع التفاضل، ولا تقابل السكة بزيادة. وهو يقول في هذا المعنى **«أعلام الموقعين»** (٢/ ١٠٧): «إن السكة لا تتقوم فيها الصناعة للمصلحة العامة المقصودة منها، فإن السلطان يضربها لمصلحة الناس العامة وإن كان الضارب يضربها بأجرة، فإن القصد بها أن تكون معياراً للناس لا يتجرون فيها كما تقدم. والسكة فيها غير مقابلة بالزيادة في العرف، ولو قوبلت بالزيادة فسدت المعاملة، وانتقضت المصلحة التي ضربت لأجلها، واتخذها الناس سلعة، واحتاجت إلى التقويم بغيرها. ولهذا قام الدرهم مقام الدرهم من كل وجه وإذا أخذ الرجل الدراهم

---

(١) ويحق لابن رشد أن يقول ذلك، فقد تعود في كتابه **«بداية المجتهد»** و**«نهاية المقتصد»**، وهو من أجل المصنفات في الفقه الإسلامي، العناية بأصل المسائل عناية فائقة، مع الإيجاز والإجمال، وعنده أن الفقيه ليس هو الذي يكثر من حفظ المسائل، بل هو الذي يردها إلى أصولها، ثم يخرج عليها مسائل جديدة. ونراه يقول في هذا المعنى عن كتابه المشار إليه ما يأتي: «فإن هذا الكتاب إنما وضعناه ليبلغ به المجتهد في هذه الصناعة رتبة الاجتهاد إذا حصل ما يجب له أن يحصل قبله من القدر الكافي له في علم النحو واللغة وصناعة أصول الفقه، ويكفي من ذلك ما هو مساوٍ لجرم هذا الكتاب أو أقل وبهذه الرتبة يسمى فقيهاً لا بحفظ مسائل الفقه ولو بلغت في العدد أقصى ما يمكن أن يحفظه إنسان كما نجد متفقهة زماننا يظنون أن الأفقه هو الذي حفظ مسائل أكثر، وهؤلاء عرض لهم شبيه ما يعرض لمن ظن أن الخفاف هو الذي عنده خفاف كثيرة لا الذي يقدر على عملها، وهو بين أن الذي عنده خفاف كثيرة سيأتيه إنسان بقدم لا يجد في خفافه ما يصلح لقدمه فيلجأ إلى صانع الخفاف ضرورة وهو الذي يصنع لكل قدم خفاً يوافقه. فهذا هو مثال أكثر المتفقهة في هذا الوقت (**«بداية المجتهد»** ٢/ ١٦٢ ـ ١٦٣).

رد نظيرها».

أما ابن رشد «**بداية المجتهد**» (٢/ ١٦٣ ـ ١٦٤) فيقول: «وأجمع الجمهور على أن مسكوكه وتبره ومصوغه سواء في منع بيع بعضه ببعض متفاضلاً لعموم الأحاديث المتقدمة في ذلك، إلاّ معاوية فإنه كان يجيز التفاضل بين التبر والمصوغ لمكان زيادة الصياغة، وإلاّ ما روي عن مالك أنه سئل عن الرجل يأتي دار الضرب بورقه، فيعطيهم أجرة الضرب ويأخذ منهم دنانير ودراهم وزن ورقه أو دراهمه، فقال إذا كان ذلك لضرورة خروج الرفقة ونحو ذلك فأرجو ألا يكون به بأس. وبه قال ابن القاسم من أصحابه. وأنكر ذلك ابن وهب من أصحابه وعيسى بن دينار وجمهور العلماء».

فهذا مالك، كما يقول ابن رشد، ومعه صاحبه ابن القاسم يقولان بجواز أن يشتري التاجر الدرهم والدينار المسكوكين بالورق مع التفاضل، والفضل أجرة السكة ولا يكلف الانتظار إلى أن يسك له ورقة، فتفوته الرفقة، أن يفوته السوق، وهذه حاجة قد قامت تبرر التفاضل في بيع الدراهم المسكوكة، حتى لا تفوت مصلحة راجحة.

ويفسر القرطبي ذلك في تفسيره «**الجامع لأحكام القرآن**» (٣/ ٣٥١). فيقول: «لا اعتبار بما قد روي عن كثير من أصحاب مالك، وبعضهم يرويه عن مالك، في التاجر يحفزه الخروج وبه حاجة إلى دراهم مضروبة أو دنانير مضروبة، فيأتي دار الضرب بفضته أو ذهبه، فيقول للضراب: خذ فضتي هذه أو ذهبي، وخذ قدر عملك، وادفع إلي دنانير مضروبة في ذهبي أو دراهم مضروبة في فضتي، لأني محفوز للخروج وأخاف أن يفوتني من أخرج معه، إن ذلك جائز للضرورة، وأنه قد عمل به بعض الناس. وحكاه ابن العربي في كتبه عن مالك في غير التاجر، وأن مالكاً خفف في ذلك، فيكون في الصورة قد باع فضته التي زنتها مائة وخمسة دراهم أجرة بمائة، وهذا محض الربا. والذي أوجب جواز ذلك أنه لو قال له: اضرب لي هذه وقاطعه على ذلك بأجرة فلما ضربها قبضها منه وأعطاه أجرتها، جاز، فالذي فعل مالك أولاً هو الذي يكون آخراً، ومالك إنما نظر إلى المآل فركب عليه حكم الحال. وأباه سائر الفقهاء. قال ابن العربي: والحجة فيه لمالك بينة. قال أبو عمر رحمه الله: وهذا هو عين الربا الذي حرمه رسول الله ﷺ بقوله من زاد أو ازداد فقد أربى، وقد رد ابن وهب هذه المسألة على مالك وأنكرها. وزعم الأبهري أن ذلك من باب الرفق لطلب التجارة ولئلا يفوت السوق».

وها نحن نتبين مما قدمناه من التطبيقات أن منطقة ربا الفضل كما اتسعت للشبهة، فإنها قد ضاقت في بيع العرايا وفي بيع المصوغ وفي بيع ما تدخله الصنعة وفي بيع الدراهم والدنانير المسكوكة، ضاقت في كل هذه البيوع، وغلبت الحاجة، فأحلت من ربا الفضل صوراً دعت إلى إباحتها مقتضيات التعامل.

ثانياً: الاتجاه الذي يميز ما بين الربا الوارد في القرآن الكريم والربا الوارد في الحديث الشريف

الأول هو الربا الجلي والثاني ربا خفي

أنواع الربا الثلاثة:

يتبين مما قدمناه أن هناك أنواعاً ثلاثة من الربا:

الأول: ربا الجاهلية، وهو الربا الذي نزل فيه القرآن الكريم، وخصيصته الأولى هي أن يقول صاحب الدين للمدين عند حلول أجل الدين: إما أن تقضي وإما أن تربي.

الثاني: ربا النسيئة الوارد في الحديث الشريف، وهو أوسع كثيراً في مداه من ربا الجاهلية، بل ويختلف عنه اختلافاً بيناً في كثير من الصور، فقد رأينا أنه بيع المكيل بالمكيل أو الموزون بالموزون أو الجنس بجنسه نسيئة لا فوراً، ولو من غير تفاضل. وهذا عند الحنفية. أما عند الشافعية فهو بيع الطعام بالطعام أو الثمن بالثمن نسيئة لا فوراً، ولو من غير تفاضل.

الثالث: ربا الفضل الوارد في الحديث الشريف، وهو بيع المكيل أو الموزون بجنسه متفاضلاً عند الحنفية، أو هو بيع الطعام أو الثمن بجنسه متفاضلاً عند الشافعية. وقد تقدم بيان ذلك.

التمييز الذي قال به ابن القيم وأنواع الربا الثلاثة:

وابن القيم، فيما رأينا، قد ميز بين الربا الجلي والربا الخفي. فالربا الجلي هو كما يقول في «**أعلام الموقعين**» (٢/ ٩٩): «ربا النسيئة وهو الذي كانوا يفعلونه في الجاهلية، مثل أن يؤخر دينه ويزيده في المال. ، وكلما أخره زاده في المال، حتى تصير المائة عنده آلافاً مؤلفة». فواضح إذن أن الربا الجلي عند ابن القيم هو ربا النسيئة الذي تعودوا عليه في الجاهلية، وهو الربا الذي يقول فيه الدائن للمدين إما أن تقضي وإما أن تربي. أما الربا الخفي، فهو ما حرم لأنه ذريعة إلى الجلي. ولما كان ربا الفضل هو الربا الذي «تحريمه من باب سد الذرائع» (١٠٠)، فالربا الخفي إذن هو ربا الفضل وحده.

فإذا كان الربا الجلي عند ابن القيم هو ربا الجاهلية وهو النوع الأول، والربا الخفي هو ربا الفضل وهو النوع الثالث، فأين يضع النوع الثاني من الربا، وهو ربا النسيئة الوارد في الحديث الشريف؟ أهو ربا جلي فيلحق بربا الجاهلية؟ أم هو ربا خفي فيلحق بربا الفضل؟ الظاهر أن ابن القيم قد ألحقه - دون أين يصرح بذلك - بربا الجاهلية وجعله رباً جليّاً مثله. فهو عندما يتكلم عن ربا النسيئة باعتبار أنه هو الربا الجلي، يقصد كلا من ربا الجاهلية وربا النسيئة الوارد في الحديث الشريف.

تمييز ابن القيم فيه تحكم:

ولا يسعنا إلاّ أن نقف عندما ينطوي عليه التمييز الذي يقول به ابن القيم من التحكم. فهو قد

ألحق ربا النسيئة بربا الجاهلية، وجعل للنوعين حكماً واحداً، مع أن مصدر التحريم مختلف: في ربا الجاهلية مصدر التحريم القرآن الكريم، وفي ربا النسيئة مصدر التحريم الحديث الشريف ثم هو في الوقت ذاته قد فصل ما بين ربا النسيئة وربا الفضل، فجعل الأول جلياً والثاني خفياً، مع أن مصدر التحريم فيهما واحد وهو الحديث الشريف.

ولا شك في أن هذا تحكم لا مبرر له. فإما أن يجعل للأنواع الثلاثة من الربا حكماً واحداً، ويعتبر أن درجة التحريم المستمدة من الحديث الشريف معادلة لدرجة التحريم المستمدة من القرآن الكريم، كما فعل فقهاء المذاهب فيما قدمنا. وإما أن يميز بين درجة التحريم المستمدة من القرآن الكريم فيجعل ربا الجاهلية وحده هو الربا الجلي، وبين درجة التحريم المستمدة من الحديث الشريف فيجعل كلا من ربا النسيئة وربا الفضل ربا خفياً، ولا يقصر الربا الخفي على ربا الفضل وحده.

هذا الرأي الثاني، الذي يقضي بفصل ربا الجاهلية الوارد في القرآن الكريم عن كل من ربا النسيئة وربا الفضل الواردين في الحديث الشريف، هو الرأي الذي يقول به طائفة من الفقهاء المحدثين، وعلى رأسهم الأستاذ السيد رشيد رضا.

التمييز ما بين الربا الوارد في القرآن الكريم والربا الوارد في الحديث الشريف:

ذهب السيد رشيد رضا في رسالته في الربا إلى أن الربا المحرم هو ربا الجاهلية وحده. فهو الربا الوارد في القرآن الكريم. وهو الربا الذي يؤدي إلى خراب المدين إذا المدين بين أن يقضي أو أن يربي، ويعجز عن القضاء عادة، فليس أمامه إلاّ أن يربي. ولا يزال الدين يتضاعف حتى يؤوده، ثم يؤدي إلى إفلاسه. فهذا النوع من الربا هو الربا الخبيث، ويكون معقولاً ما ورد في القرآن الكريم في شأنه من وعيد شديد. وهو الربا الجلي الذي حرم تحريم مقاصد لا تحريم وسائل، فلا يجوز التعامل به إلاّ للضرورة الملحة، وهي الضرورة التي تصل في الإلحاح إلى حد إباحة الميتة والدم.

يبقى إذن ربا النسيئة وربا الفضل الواردان في الحديث الشريف، فما هو حكمهما؟ يذهب السيد رشيد رضا إلى أن النهي عنهما في الحديث إنما جاء سدّاً للذريعة إلى الربا المحرم القطعي، وهو ربا الجاهلية، وهذه الذريعة مظنونة لا قطعية. فهو يرى أن بيع الأصناف الستة بمثلها مع التفاضل، نقداً أو نسيئة، فضلاً عن تثمير الأموال بالشركات التجارية التي لا تلتزم شروط الفقهاء فيها، كل هذا لا يدخل في الربا المحرم. «وإنما يظهر - كما يقول - من سبب النهي عن هذه البيوع إنه سد لذريعة الربا المحرم القطعي، وهذه الذريعة مظنونة لا قطعية.. ومن المنبهات في الأحاديث ما هو محرم، وما هو مكروه، وما هو خلاف الأولى، وما هو لمحض الإرشاد لا للتشريع الديني. وإنما يكون التمييز بين هذه الأنواع بالأدلة الخاصة، أو القواعد العامة، أو التعارض بين النصوص وترجيح الأقوى، كالنهي عن أكل لحوم سباع الوحش والطير مع حصر نصوص القرآن لمحرمات الطعام في الميتة والدم ولحم الخنزير وما أهل لغير الله به. وقد حققنا أن النهي فيه للكراهة، وفاقاً لمذهب مالك، جمعاً بينه وبين نصوص القرآن القطعية الرواية والدلالة بصيغتي الحصر. وبينا فيه أن في التعبير في بعض الروايات بالتحريم قد يكون رواية المعنى لفهم

الراوي أن المراد من النهي التحريم. وكذلك يقال في النهي عن بيع النقدين وأصول الأغذية المذكورة في حديث عبادة، إلاّ يداً بيد مثلاً بمثل إذا اتحد الجنس، والاكتفاء بالتقابض إذا اختلف. ومما يدل على أن هذا النهي غير مقصود بالذات ما صح في إباحة بيع العرايا. وفي بيع الكثير من التمر الرديء بقليل من التمر الجيد بأنه يجعل العقد على بيع كل منهما بالثمن[١]».

وواضح من هذه العبارات الأخيرة أن السيد رشيد رضا، بعد أن اعتبر ربا الجاهلية هو الربا الجلي، وهو الربا المحرم لذاته تحريم مقاصد، فلا يجوز إلاّ للضرورة الملحة التي تبيح الميتة والدم، ينزل بعد ذلك بالنوعين الآخرين من الربا ـ ربا النسيئة وربا الفضل الواردين في الحديث الشريف ـ إلى منزلة دنيا من الحظر، إذ أن الظاهر من عباراته أنه يعتبر أن النهي عنهما الوارد في الحديث الشريف إنما هو للكراهة لا للتحريم، كالنهي عن أكل سباع الوحش والطير. وهذا يقرب كثيراً من مذهب ابن عباس الذي سنبينه فيما يلي:

وغني عن البيان أن القول بأن ربا النسيئة وربا الفضل إنما نهى عنهما في الحديث الشريف نهى كراهة لا نهي تحريم لا يتفق مع ما أجمعت عليه المذاهب الفقهية منذ القديم. وقد اعترض الأستاذ زكي الدين بدوي بحق على هذا الرأي في مقاله المنشور في «**مجلة القانون والاقتصاد**»[٢]، فقال: «فخلاصة رأي السيد رشيد رضا المتقدم حصر الربا المحرم في ربا الجاهلية الذي لا يدخل في مفهومه لا القرض بفائدة تشترط عند العقد، ولا بيع الأصناف الستة الواردة في السنة، ولا المعاملات الأخرى التي ألحقها فقهاء المذاهب الأربعة بالأصناف الستة في التحريم. وإنا نلاحظ على هذا الرأي أنه، مع صحته فيما يتعلق بالقرض بفائدة وغيره من المعاملات التي عدى إليها الفقهاء حكم التحريم في بيع الأصناف الستة بجامع علل اختلفوا فيها اختلافاً كبيراً، مما يؤيد رأيه في أن تحديد الوسائل ودرجة إفضائها إلى المقاصد من أشق الأمور التي تختلف فيها الأفهام، فلا تطمئن النفس إلى أن يكون شيء كهذا مناطاً للقول بالتحريم الديني ـ أقول مع التسليم بصحة رأيه في هذه الجزئية، فإنه يتعذر التسليم به في جزئية أخرى، وهي قوله بعدم دخول بيع الأصناف الستة في الربا المحرم. لأن بيع هذه الأصناف وإن كان وسائل وذرائع إلى الربا، إلاّ أنها وسائل وذرائع منصوصة، ودلالة الأحاديث عليها لا تختلف فيها الأفهام. أما قوله إن النهي عن بيع هذه الأصناف كان تورعاً لإفادة أن بيعها خلاف الأولى. أو كان للكراهة فقط لا للتحريم، فدعوى تتعارض مع ظواهر نصوص الأحاديث والمأثور عن الصحابة. فظاهر الأحاديث يفيد التحريم، إذ أطلق على هذه البيوع لفظ الربا، ومعلوم إثمه وما خص به من شديد الوعيد. فإذا سلمنا أن إطلاق لفظ الربا هنا من قبيل المجاز، لأن هذه البيوع ذرائع إلى الربا وليست في ذاتها ربا، فلا أقل من أن تكون للشارع حكمة في إلحاقها بالربا، وهي أن يكون لها حكمة وهو الحرمة، وإن كانت حرمتها أخف

(١) رسالة السيد رشيد رضا في الربا (٨٠ ـ ٨٤) نقلاً عن مقال الأستاذ زكي الدين بدوي (٤٣٢ ـ ٤٣٣) من «**مجلة القانون والاقتصاد**» السنة التاسعة.

(٢) السنة التاسعة (٣٨٧) وما بعدها.

من حرمة الربا الحقيقي، بحيث يتجاوز عنها فيما تدعو إليه الحاجة كما هو رأي ابن القيم[(١)]».

ويبدو أنه يجب الذهاب إلى مدى أبعد مما ذهب إليه الأستاذ زكي الدين. والقول بأن ربا النسيئة وربا الفضل لا يقتصران على الأصناف الستة المذكورة في الحديث الشريف، بل يجاوزانها إلى ما عداهما إليه المذاهب الفقهية من الأصناف الأخرى. وهذا هو الذي انعقد عليه الإجماع. وإن كل ذلك ربا محرم، لا مكروه فحسب، ولكنه محرم تحريم وسائل، لا تحريم مقاصد. فربا الفضل وسيلة إلى ربا النسيئة، ما في ذلك من شك. وقد بيناه فيما تقدم. وربا النسيئة وسيلة إلى ربا الجاهلية، إذ يكفي في ربا النسيئة عند حلول أجل الدين أن يزيد الدائن في الأجل مشترطاً أن يزداد في الفائدة، ليصل من هذا الطريق إلى ربا الجاهلية. فكل من ربا الفضل وربا النسيئة إذن وسائل إلى ربا الجاهلية، وقد حرمهما رسول الله ﷺ حتى لا يتذرع بهما إلى هذا الربا الممقوت، فتحريمهما إذن هو من تحريم الوسائل لا من تحريم المقاصد.

ثالثاً: الاتجاه الذي لا يحرم إلاّ ربا الجاهلية الوارد في القرآن الكريم

لا ربا إلاّ في النسيئة:

يستدل أصحاب هذا الاتجاه ـ وعلى رأسهم ابن عباس ـ بحديث رواه ابن عباس نفسه عن أسامة أن النبي ﷺ قال: «لا ربا إلاّ في النسيئة». فهم لا يحرمون ربا الفضل، ولا يحرمون إلاّ ربا النسيئة.

وقد قيل إن ابن عباس لم يكن بلغه حديث الربا الذي رواه سعيد الخدري، فلما بلغه هذا الحديث رجع عن رأيه في عدم تحريم ربا الفضل. ولكن هذه الرواية مشكوك فيها، فسنرى ما يرويه السرخسي في «المبسوط» من أن سعيداً الخدري نفسه ذهب إلى ابن عباس، وجرى بينهما جدال عنيف في مسألة ربا الفضل، سعيد يحرمه للحديث الذي رواه، وابن عباس يحلله لحديث أسامة: «لا ربا إلاّ في النسيئة»، وينتهي هذا الحوار بأن يقول سعيد والله ولا آواني وإياك ظل بيت ما دمت على هذا القول.

والظاهر هو ما نقله السبكي في «تكملة المجموع في شرح المهذب» عن الشافعي أن رأي ابن عباس في عدم تحريم ربا الفضل هو رأي أهل مكة، ولعلهم كانوا يمارسون التجارة على نحو يضيق بربا الفضل، وأن المكيين قد بلغهم دون شك حديث ربا الفضل، ولكنهم كانوا يؤولونه على الكراهية لا على التحريم «تكملة المجموع لشرح المهذب» (١٠/ ٣٨).

---

(١) «مجلة القانون والاقتصاد» السنة التاسعة (٤٣٣ ـ ٤٣٤). وانظر أيضاً ما ذهب إليه رئيس الاتحاد الإسلامي ببدونج (جاوة) من أن أحاديث الربا هي من وضع اليهود أدخلوها على المسلمين بقصد الإضرار بهم عن طريق تحريم التجارة عليهم في الأصناف التي تجري فيها معظم المعاملات لتكون التجارة في أيدي اليهود، وتفنيد الأستاذ الجزيري والأستاذ زكي الدين لهذا الرأي الغريب في مقال الأستاذ زكي الدين «مجلة القانون والاقتصاد» (٩/ ٤٣٦ ـ ٤٤٦).

وربا النسيئة في هذا الاتجاه هو ربا الجاهلية وحده:

ثم إن ربا النسيئة عند أصحاب هذا الاتجاه هو ربا الجاهلية وحده، وهو غير ربا النسيئة الذي يشير إليه الحديث الشريف في آخر عبارته: «وإن اختلفت الأصناف فبيعوا كيف شئتم إذا كان يداً بيد»، أي عند اختلاف الجنس في الأصناف الربوية يجوز الفضل في المبادلة، ولكن لا تجوز النسيئة بل يجب أن يكون التبادل يداً بيد.

في مواجهة ربا النسيئة الوارد في الحديث الشريف يقوم الربا الذي كان معروفاً في الجاهلية. وهو ربا من نوع آخر سبقت الإشارة إليه، ويقول في بيانه ابن عباس: «كان الرجل منهم إذا حل دينه على غريمه فطالبه به، قال المطلوب منه زدني في الأجل وأزيدك في المال. فإذا قيل لهم هذا ربا. قالوا هما سواء، يعنون بذلك أن الزياد في الثمن حال البيع والزيادة فيه بسبب الأجل عند محل الدين سواء» «أحكام القرآن» للجصاص (١/ ٤٦٤). والربا الوارد في القرآن هو ربا الجاهلية هذا دون غيره، وفي الاية الكريمة إشارة إلى ما ذكروه من أن الزيادة في الثمن حال البيع والزيادة فيه بسبب الأجل سواء، إذ يقول الله تعالى: ﴿ذَٰلِكَ بِأَنَّهُمْ قَالُوٓا۟ إِنَّمَا ٱلْبَيْعُ مِثْلُ ٱلرِّبَوٰا۟ ۗ وَأَحَلَّ ٱللَّهُ ٱلْبَيْعَ وَحَرَّمَ ٱلرِّبَوٰا۟﴾ [البقرة: ٢٧٥].

فالربا المحرم، في رأي ابن عباس وجماعة من الصحابة والتابعين منهم عبد الله بن مسعود وعبد الله بن الزبير وأسامة بن زيد وعطاء بن رباح وسعيد وعروة، مقصور على ربا الجاهلية وحده، وهو الذي كان معروفاً عند العرب وقد أشار إليه النبي ﷺ في حجة الوداع حين قال: «ألا إن كل ربا في الجاهلية موضوع وأول ربا أضعه ربا العباس بن عبد المطلب، لكم رؤوس أموالكم لا تظلمون ولا تظلمون» ثم أشار إليه عليه السلام حين قال في حديث أسامة: إنما الربا في النسيئة. وتعريف «الربا» باللام في القرآن للعهد، أي الربا الذي كان معهوداً عند العرب حين نزلت آيات الربا في القرآن الكريم. والذي يقطع عند ابن عباس في أن الربا الذي حرمه القرآن الكريم هو ربا النسيئة الذي كان معروفاً في الجاهلية أن سياق الآية يدل على أن المذكور في كتاب الله ربا النساء لا ربا الفضل. فإنه قال: فله ما سلف، وذروا ما بقي من الربا، وإن كان ذو عسرة فنظرة إلى ميسرة. وإن تبتم فلكم رؤوس أموالكم، فالقرآن لا يتحدث إلاّ عن ربا النسيئة المعروف في الجاهلية، أما غيره فيبقى على الحل. ولا يمكن أن يقال إنما يحرم غيره بالحديث، فإن هذا القول يقتضي تخصيص ظاهر القرآن بخبر الواحد، وأنه غير جائز «الفخر الرازي في مفاتيح الغيب»، (٣٥٢).

ردود الفقهاء على أدلة ابن عباس:

ويرد الفقهاء على أدلة ابن عباس ردوداً كثيرة متشعبة، نقتصر منها على ما ذكره ابن رشد في «بداية المجتهد»، وما ذكره السبكي في «تكملة المجموع لشرح المهذب».

يقول ابن رشد في «بداية المجتهد» (٢/ ١٦٣): «أجمع العلماء على أن بيع الذهب بالذهب والفضة بالفضة لا يجوز إلاّ مثلاً بمثل، يداً بيد، إلاّ ما روي عن ابن عباس ومن تبعه من المكيين، بأنهم أجازوا بيعه متفاضلاً، ومنعوه نسيئة فقط. وإنما صار ابن عباس كذلك لما رواه عن أسامة بن

زيد عن النبي ﷺ أنه قال: «لا ربا إلاّ في النسيئة»، وهو حديث صحيح. فأخذ ابن عباس بظاهر هذا الحديث. فلم يجعل الربا إلاّ في النسيئة، وأما الجمهور فصاروا إلى ما رواه مالك عن نافع عن أبي سعيد الخدري أن رسول الله ﷺ قال: لا تبيعوا الذهب بالذهب إلاّ مثلاً بمثل، ولا تشفوا بعضها على بعض، ولا تبيعوا منها شيئاً غائباً بناجز، وهو من أصح ما روي في هذا الباب، وحديث عبادة ابن الصامت حديث صحيح أيضاً في هذا الباب فصار الجمهور إلى هذه الأحاديث. . إذا كانت نصّاً في ذلك وأما حديث ابن عباس فإنه ليس بنص في ذلك، لأنه روي فيه لفظان. أحدهما أنه قال إنما الربا في النسيئة، وهذا ليس يفهم منه إجازة التفاضل إلاّ من باب دليل الخطاب، وهو ضعيف ولا سيما إذا عارضه النص. وأما اللفظ الآخر، وهو لا ربا إلاّ في النسيئة، فهو أقوى من هذا اللفظ، لأن ظاهره يقتضي أن ما عدا النسيئة فليس برباً، لكن يحتمل أن يريد بقوله لا ربا إلاّ في النسيئة من جهة أنه الواقع في الأكثر، وإذا كان هذا محتملاً والأول نص، وجب تأويله على الجهة التي يصح الجمع بينهما».

ويمكن تلخيص ما ذكره السبكي في «تكملة المجموع لشرح المهذب» (١٠/ ٥٠) وما بعدها فيما يأتي:

أولاً: أن الحديث الوارد في تحريم ربا الفضل وربا النسيئة قطعي المتن قطعي الدلالة، وهو على كل حال حديث مشهور، وهذا يكفي لتخصيص ظاهر القرآن بالحديث. ولافرق بين ربا الجاهلية وربا النسيئة وربا الفضل فكل ذلك ربا محرم بحكم القرآن، فإن لفظ «الربا» في الآيات لفظ مجمل تبينه السنة انظر أيضاً الجصاص في «أحكام القرآن» (١/ ٤٦٤) - الفخر الرازي في «مفاتيح الغيب» (٣٥٧).

ثانياً: يمكن تأويل حديث أسامة «إنما الربا في النسيئة» بما نقل عن الشافعي من أنه «يحتمل أن يكون الراوي - أسامة - سمع رسول الله ﷺ يسأل عن الربا في صنفين مختلفين، ذهب بفضة وتمر بحنطة، فقال: إنما الربا في النسيئة، فحفظه، فأدى قول النبي ﷺ، ولم يؤد مسألة السائل. أو يؤول بما نقل عن الماوردي من أنه محمول على الجنس الواحد، ويجوز التماثل فيه نقداً ولا يجوز نساء. أو يؤول بأنه محمول على بيع غير الأصناف الربوية، كبيع الدين بالدين المنهي عنه بحديث «نهى النبي ﷺ عن بيع الكالىء بالكالىء». بل يجوز أن يقال إن حديث أسامة نسخ بحديث أبي سعيد الخدري.

ثالثاً: أن حديث أسامة «لا ربا إلاّ في النسيئة» إذا لم يمكن تأويله، ولم يصح القول بنسخه، يمكن التوفيق بينه وبين حديث أبي سعيد الخدري على الوجه الذي أشار إليه الحافظ ابن حجر في «فتح الباري» على «صحيح البخاري» فيما يأتي: «واتفق العلماء على صحة حديث أسامة، واختلفوا في الجمع بينه وبين حديث أبي سعيد. فقيل منسوخ، ولكن النسخ لا يثبت بالاحتمال. وقيل المعنى في قوله «لا ربا» الربا الأغلظ المتوعد عليه بالعقاب الشديد، كما تقول العرب لا عالم في البلد إلاّ زيد، مع أن فيها علماء غيره، وإنما القصد نفي الأكمل لا نفي الأصل. وأيضاً فنفي تحريم ربا الفضل من حديث أسامة إنما هو بالمفهوم فيقدم عليه حديث أبي سعيد لأن دلالته

بالمنطوق، ويحمل حديث أسامة على الربا الأكبر كما تقدم».

رابعاً: من القائلين برأي ابن عباس من الصحابة من يثبت عنه الرجوع عن هذا الرأي بيقين، وذلك كابن عمر وابن مسعود، ومنهم من اختلف في رجوعه كابن عباس نفسه. ويورد السرخسي في «**المبسوط**» (١٢/١١١ ـ ١١٢) قصة احتمال رجوع ابن عباس عن رأيه على الوجه الآتي:
«. . . وحرمة التفاضل، وهو قول الجمهور من الصحابة رضي الله تعالى عنهم، إلاّ التي روي عن ابن عباس رضي الله تعالى عنهما أنه كان يجوز التفاضل في هذه الأموال. ولا معتبر بهذا القول، فإن الصحابة رضي الله تعالى عنهم لم يسوغوا له هذا الاجتهاد، على ما روي أن أبا سعيد الخدري رضي الله عنه مشى إليه. فقال يا ابن عباس إلى متى تؤكل الناس الربا، أصحبت رسول الله ﷺ ما لم يصحب! أسمعت منه ما لم يسمع! فقال لا، ولكن حدثني أسامة بن زيد رضي الله تعالى عنه أن النبي ﷺ قال لا ربا إلاّ في النسيئة. فقال والله لا آواني وإياك ظل بيت ما دمت على هذا القول. وقال جابر بن زيد رضي الله تعال عنه: ما خرج ابن عباس رضي الله تعالى عنه من الدنيا حتى رجع عن قوله في الصرف والمتعة. فإن لم يثبت رجوعه، فإجماع التابعين رحمهم الله بعده يرفع قوله، فهذا معنى قولنا لا يعتد بهذا القول. وتأويل حديث أسامة بن زيد رضي الله تعالى عنه أن النبي ﷺ سئل عن مبادلة الحنطة بالشعير، والذهب بالفضة، فقال ﷺ: «لا ربا إلاّ في النسيئة»، فهذا بناء على ما تقدم من السؤال، فكأن الراوي سمع قول رسول الله ﷺ ولم يسمع ما تقدم من السؤال أو لم يشتغل بنقله».

والظاهر أن رجوع ابن عباس عن قوله في عدم تحريم ربا الفضل مشكوك فيه. فهذا سعيد ابن جبير يروي عن ابن عباس أنه قال: ما كان الربا قط في ها وهات»، وخلف سعيد بن جبير بالله ما رجع عنه حتى مات.

٣ ـ ما ينبغي أن يكون عليه موقف الفقه الإسلامي من الربا في العصر الحاضر

أما ما ينبغي أن يكون عليه موقف الفقه الإسلامي من الربا في العصر الحاضر. فقد تباينت الآراء في ذلك، وتعارضت الاتجاهات وبحسبنا أن نسجل هنا اتجاهين عصريين متعارضين في الربا، أحدهما يستبقيه واسعاً كما هو في المذاهب الفقهية، والآخر يضيق فيه حتى يكاد يغلقه.

ثم ننتقل بعد ذلك إلى ما نعتقد أن يكون هو الموقف المعقول للفقه الإسلامي من الربا في العصر الحاضر.

ونختم البحث ببيان الموقف الفعلي الذي وقفته من الربا التقنينات المدنية العربية.

أولاً: اتجاهان متعارضان في مسألة الربا في العصر الحاضر

مسألة الربا أمام مؤتمر الفقه الإسلامي المنعقد بباريس سنة ١٩٥١:

انعقد مؤتمر للفقه الإسلامي في باريس سنة ١٩٥١، وكان الربا من بين المسائل الهامة التي

تناولها بحث المؤتمر. وقد ظهر أن هناك اتجاهين متعارضين في مسألة الربا في العصر الحاضر.

الاتجاه الأول يستبقيه كما هو في المذاهب الفقهية، لا يميز بين رباً ورباً، فجميع أنواع الربا محرمة تحريماً قطعيّاً. وقد مثل هذا الاتجاه الأستاذ محمد عبد الله دراز في المحاضرة التي ألقاها في المؤتمر. ومثل الاتجاه الآخر ـ وهو الاتجاه الذي يذهب إلى أن الظروف الاقتصادية التي حرم فيها الربا قد تحولت عما كانت عليه من قبل تحولاً جوهريّاً وأن حكم الربا في العصر الحاضر ينبغي أن يختلف عما كان عليه في العصور السابقة ـ الأستاذ معروف الدواليبي في محاضرة أخرى ألقاها في المؤتمر.

الاتجاه المحتفظ بأحكام المذاهب الفقهية في الربا:

يروي الأستاذ دراز حديث الربا المعروف، ويشير إلى أن المذاهب الفقهية اعتبرت الأصناف الستة الواردة في الحديث أمثلة من قاعدة عامة تنطبق على سائر المواد التي تقوم عليها الحياة والتي مردها ـ في الرأي الراجح عند الفقهاء ـ إلى نوعين: الأثمان والمطعومات.

ثم يقول (١٤ ـ ١٥ من المحاضرة): «ومهما يكن من أمر في شأن هذا الاختلاف الفرعي، فإن هذه القاعدة تقضي بتقسيم الأشياء التي يراد تبادلها إلى ثلاثة أضرب: الضرب الأول أن يكون البدلان من نوع واحد. كالذهب بالذهب، فها هنا يخضع التبادل لشرطين اثنين: التساوي في الكم والفورية في التبادل، أعني عدم تأجيل شيء من البدلين. الضرب الثاني أن يكونا من نوعين مختلفين من جنس واحد، كالذهب بالفضة وكالقمح بالشعير، فهنا يشترط شرط واحد وهو الفورية، فلا يضر اختلاف الكم. الضرب الثالث أن يكونا من جنسين مختلفين، كالفضة والطعام، فلا يشترط في هذا شيء من القيدين المذكورين بل يكون التقايض فيهما حرّاً. هكذا كلما كان البدلان من طبيعتين مختلفتين تمام الاختلاف بحيث لا توجد شبهة القصد إلى القرض بفائدة، فإن الشريعة لا تضع أمام حرية التبادل حدّاً من الحدود، اللهم إلاّ المبدأ العام في المعاملة وهو تحري الصدق والأمانة. فإذا ما أخذت طبيعة البدلين تتقارب، بدون أن تتحد، نرى عند المشرع شيئاً من الحذر المعقول المبنى على احتمال أن يكون المتعاملان يقصدان إلى معاملة ربوية. ولذلك نجده، مع ترخيصه لهما بتفاوت البدلين في الكم، يحظر عليهما تأجيل أحد العوضين، سدّاً للطريق أمام فكرة القرض المحرم تحت ستار الربيع. أما إذا اتحدت طبيع البدلين ـ مع التفاوت في الأوصاف والقيم طبعاً وإلاّ لما كان هناك معنى للتبادل ـ فإنه من السهل أن نفهم الحكمة التي من أجلها منع تأجيل البدل. وذلك أن من شأن هذا التأجيل أن يحمل في طيه فكرة محظورة، وأن يكون القصد هو القرض باسم البيع».

ويذهب الأستاذ دراز إلى أن هناك دعائم قوية يقوم عليها تحريم الربا في جميع صوره. فهناك الدعامة الأخلاقية التي إذا جوزت الربح من طريق المعاملة (أي البيع)، فإنها لا تجوزه من طريق المجاملة (أي القرض)، وهناك الدعامة الاجتماعية، وهذه تقضي بأن مجرد تقرير ربح مضمون لرب المال بدون أن يكون في مقابل ذلك ضمان ربح للمقترض. هذا الوضع فيه محاباة للمال وإيثار له على العمل، وبهذه الوسيلة نزيد في توسيع المسافة وتعميق الهوة بين طبقات

الشعب بتحويل مجرى الثروة وتوجيهها إلى جهة واحدة معينة، بدلاً من أن نشجع المساواة في الفرص بين الجميع، وأن نقارب بين مستوى الآمة حتى يكون أميل إلى التجانس وأقرب إلى الوحدة. «إن اللمحة البارزة في التشريع القرآني، وكذلك في كل تشريع اجتماعي جدير بهذا الاسم، هي الحيلولة دون هذه المحاباة لرأس المال على حساب الجمهور الكادح، والسعي لتحقيق نوع من التجانس والمساواة بين أفراد الأمة. إنها لكلمات قصيرة ولكنها ذات مدى بعيد. تلك التي يرسم فيها القرآن دستور هذه السياسة حيث يقول: ﴿كَيْ لَا يَكُونَ دُولَةً بَيْنَ الْأَغْنِيَاءِ مِنكُمْ﴾ [الحشر: ٧] (٢٠).

وهناك أخيراً الدعامة الاقتصادية، فإنه «بمجرد عقد القرض أصبح العمل ورأس المال في يد شخص واحد، ولم يبق للمقرض علاقة ما بذلك المال، بل صار المقترض هو الذي يتولى تدبيره تحت مسؤوليته التامة، لربحه أو لخسره. حتى إن المال إذا هلك أو تلف، فإنما يهلك أو يتلف على ملكه. فإذا أصررنا على إشراك المقرض في الربح الناشىء، وجب علينا في الوقت نفسه أن نشركه في الخسارة النازلة، إذ كل حق يقابله واجب، أو كما تقول الحكمة النبوية: الخراج بالضمان. أما أن نجعل الميزان يتحرك من جانب واحد، فذلك هو معاندة للطبيعة. . . ومتى قبلنا اشتراك رب المال في الربح والخسر معاً، انتقلت المسألة من موضوع القرض إلى صورة معاملة أخرى، هي الشركة التضامنية الحقيقية بين رأس المال والعمل، وهذه الشركة لم يغفلها القانون الإسلامي، بل أساغها ونظمها تحت عنوان المضاربة أو القراض. غير أنه لكي يقبل رب العمل الخضوع لهذا النوع من التعامل يجب أن يكون لديه من الشجاعة الأدبية ما يواجه به المستقبل في كل احتمالاته، وهذه فضيلة لا يملكها المرابون، لأنهم يريدون ربحاً بغير مخاطرة، وذلك هو ما يسمى تحريف قواعد الحياة ومحاولة تبديل نظمها. هكذا إذا سرنا وقفاً للأصول والمبادىء الاقتصادية في أدق حدودها، كانت لنا الخيرة بين نظامين اثنين لا ثالث لهما: فإما نظام يتضامن فيه رب المال والعامل في الربح والخسر، وإما نظام لا يشترك فيه معه في ربح ولا خسر. ولا ثالث لهما إلاّ أن يكون تلفيقاً من الجور والمحاباة» (٢١).

ثم ينتقل الأستاذ دراز إلى المسألة العملية الهامة في محاضرته فيقول: «وأما المسألة الثانية، وهي حكم الربا في وقتنا هذا، فإنها ليست قضية مبدأ، وإنما هي قضية تطبيق. . . وهي فوق ذلك ليست فيما أرى من الشؤون التي يقضي فيها فرد أو بضعة أفراد، بل ينبغي أن يتداعى لها طوائف من الخبراء في القانون والسياسة والاقتصاد من كل جانب وأن يدرسوها دراسة دقيقة مستفيضة من جميع نواحيها الحاضرة والمستقبلة. وكل ما أريد أن أقوله الآن يتلخص في جملتين صغيرتين، أرجو أن يتخذا أساساً للبحث في التفاصيل:

الأولى: هي أن الإسلام قد وضع إلى جانب كل قانون، بل فوق كل قانون، قانوناً أعلى يقوم على الضرورة التي تبيح كل محظور، ﴿وَقَدْ فَصَّلَ لَكُم مَّا حَرَّمَ عَلَيْكُمْ إِلَّا مَا اضْطُرِرْتُمْ إِلَيْهِ﴾ [الأنعام: ١١٩].

الثانية: هي أنه لأجل أن يكون تطبيق قانون الضرورة على مسألة ما تطبيقاً مشروعاً، لا يكفي أن يكون المرء عالماً بقواعد الشريعة، بل يجب أن يكون له من الورع والتقوى ما يحجزه عن

التوسع أو عن التسرع في تطبيق الرخصة على غير موضعها، كما يجب أن يبدأ باستنفاد كل الحلول الممكنة المشروعة في الإسلام، فإنه إن فعل ذلك عسى ألا يجد حاجة للترخص ولا للاستثناء، كما هي سنة الله في أهل العزائم من المؤمنين. (ومن يتق الله يجعل له مخرجاً ويرزقه من حيث لا يحتسب) (٢١ ـ ٢٢).

ويبدو أن الأستاذ دراز يقرر كمبدأ عام تحريم الربا في جميع صوره وأشكاله، دون تدرج في مرتبة التحريم بأن يكون من صور الربا ما هو محرم تحريم المقاصد ومنها ما هو محرم تحريم الوسائل. وإذا تكلم عن الضرورة التي تبيح الربا، فإنما هي الضرورة الملحة التي يكون من شأنها أن تبيح أكل الميتة والدم، وذلك في جميع صور الربا دون استثناء، وليست الضرورة عنده هي مجرد الحاجة. بل إنه ليوصى في آخر عبارته بالهوادة والتأني قبل القول بقيام الضرورة، ويتطلب ممن يقول بذلك، فوق العلم بقواعد الشريعة الإسلامية، ورعاً وتقوى يحجزانه «عن التوسع أو عن التسرع في تطبيق الرخصة على غير موضعها، كما يجب أن يبدأ باستنفاد كل الحلول الممكنة المشروعة في الإسلام، فإنه إن فعل عسى ألا يجد حاجة للترخص ولا للاستثناء».

على أننا نلاحظ أن الأستاذ دراز من جهة أخرى يسلم بأن هناك صوراً من الربا إنما حرمت سدّاً للذرائع، فتحريمها تحريم للوسائل لا للمقاصد، فهو يقول (١٥): «ولذلك نجده (أي المشرع) مع ترخيصه لهما بتفاوت البدلين في الكم يحظر عليها تأجيل أحد العوضين، سدّاً للطريق أمام فكرة القرض المحرم تحت ستار البيع». ثم يقول (١٧): «وواضح أن تسمية الربح المجتلب من طريق هذا التبادل، الذي تنقصه الصراحة والأمانة، باسم الربا، إنما هي تسمية مجازية، قصد منها إلى إبراز ما فيه من مخالفة لقانون الأخلاق ومجافاة لقواعد الرحمة الإنسانية، وذلك بتشبيهه بالربا الحقيقي الذي هو مثل من السحت وأكل المال بالباطل». إذن هناك رباً حقيقي هو مثل في السحت وأكل المال بالباطل، وهناك رباً مجازى سمي ربا لإبراز ما فيه من مخالفة لقانون الأخلاق ومجافاة لقواعد الرحمة الإنسانية، وذلك بتشبيهه بالربا الحقيقي. أليس الربا الحقيقي والربا المجازي في لغة الأستاذ دراز هو الربا الجلي والربا الخفي في لغة ابن القيم؟ بل إننا نرى الأستاذ دراز يساير ابن القيم فيما ذهب إليه من جواز بيع المصوغات الذهبية بأكثر من وزنها ذهباً، فهو يقول (١٦): «فإذا صح ما ذهبنا إليه في تفهم مقاصد الشريعة من هذا الحكم. لم يبق هناك حرج قط ـ كما أوضحه ابن القيم في أعلام الموقعين ـ في أن تباع المصوغات الذهبية بأكثر من وزنها ذهباً أو المصوغات الفضية بأكثر من وزنها فضة. ذلك لأن قيمة الصنعة قد قدرت هنا بمعيارها الواضح المحدد الذي لا يدع مجالاً لتزييف تراضي المتبايعين». فهل يميز الأستاذ دراز في الحكم بين الربا الحقيقي والربا المجازي، كما ميز ابن القيم في الحكم بين الربا الجلي والربا الخفي؟ وهل هو يقر ابن القيم على أن الربا الحقيقي لا يجوز إلاّ للضرورة الملحة، أما الربا المجازي فيجوز لمجرد الحاجة؟ وهل أباح الأستاذ دراز، كما أباح ابن القيم، أن تباع المصوغات الذهبية بأكثر من وزنها ذهباً لقيام الحاجة دون أن تقوم الضرورة؟ لا نظن ذلك. فإن الأستاذ دراز يعلل الأمر في المصوغات الذهبية بأن للصنعة قيمة يقابلها شيء من الثمن، فهو لا يتكلم هنا لا عن الضرورة ولا عن الحاجة. ثم إن تمييزه بين الربا الحقيقي والربا المجازي لا يريد من ورائه تمييزاً

في الحكم، بل مجرد الإيضاح والبيان، وإلاّ فهو قد جمع بين صور الربا كلها في حكم واحد وهو التحريم القطعي ولم يجز الربا في أية صورة من صوره إلاّ للضرورة الملحة، ثم هو يريد من الناس أن تترفق قبل القول بقيام هذه الضرورة!.

ويستند الأستاذ دراز في تبرير رأيه إلى الإعتبار الاقتصادي، ويشير إلى ضرورة أن يتقاسم رأس المال والعمل الربح والخسارة كما في المضاربة أو القرض. ولكن في نظام اقتصادي يقوم على رأس المال، أي في نظام رأسمالي كالنظم القائمة في كثير من البلاد، يصح أن يكون لرأس المال أجرة مكفولة كأجرة الأعيان. والأمر يتعلق بالنظام الاقتصادي القائم. فإن أريد إيثار العمل على رأس المال، وتوحيد طبقات الشعب دون محاباة لرأس المال على حساب الجمهور الكادح - كما يقول الأستاذ دراز في الاعتبار الاجتماعي الذي أخذ به - فإن هذا يقتضي في نظرنا تحوير النظام الاقتصادي القائم من نظام رأسمالي إلى نظام اشتراكي، وللنظام الاشتراكي مبررات لا تقل عن مبررات النظام الرأسمالي.

الاتجاه المتحرر من أحكام المذاهب الفقهية في الربا:

يذهب الأستاذ معروف الدواليبي في المحاضرة التي ألقاها في مؤتمر الفقه الإسلامي بباريس إلى أن الربا المحرم إنما يكون في القروض التي يقصد بها إلى الاستهلاك لا إلى الانتاج. ففي هذه المنطقة - منطقة الاستهلاك - يستغل المرابون حاجة المعوزين والفقراء، ويرهقونهم بما يفرضون عليهم من ربا فاحش أما اليوم، وقد تطورت النظم الاقتصادية. وانتشرت الشركات وأصبحت القروض أكثرها قروض إنتاج لا قروض استهلاك، فإن من الواجب النظر فيما يقتضيه هذا التطور في الحضارة من تطور في الأحكام ويتضح ذلك بوجه خاص عندما تقترض الشركات الكبيرة والحكومات من الجماهير وصغار المدخرين. فإن الآية تنعكس. والوضع ينقلب، ويصبح المقترض - أي الشركات والحكومات - هو الجانب القوي المستغل، ويصبح المقرض - أي صغار المدخرين - هو الجانب الضعيف الذي تجب له الحماية.

فيجب إذن أن يكون لقروض الإنتاج حكمها في الفقه الإسلامي، ويجب أن يتمشى هذا الحكم مع طبيعة هذه القروض، وهي طبيعة تغاير مغايرة تامة طبيعة قروض الاستهلاك. ولا تعدو الحال أحد أمرين: إما أن تقوم الدولة بالإقراض للمنتجين، وإما أن تباح قروض الإنتاج بقيود وفائدة معقولة. والحل الثاني هو الحل الصحيح. ويرى الأستاذ الدواليبي إمكان تخريجه على فكرة الضرورة وعلى فكرة تقديم المصلحة العامة على المصلحة الخاصة، كما لو تذرع العدو بمسلم، فلا مناص من قتل المسلم حتى يمكن الوصول إلى العدو.

ويؤخذ على هذا الرأي أمران:

١ - يصعب كثيراً من الناحية العملية التمييز بين قروض الإنتاج وقروض الاستهلاك، حتى تباح الفائدة المعقولة في الأولى وتحرم إطلاقاً في الثانية. قد يكون واضحاً في بعض الحالات أن القروض قروض إنتاج يصح أن تباح فيها الفائدة المعقولة.

كما هو الأمر في القروض التي تعقدها الحكومات والشركات، ولكن هناك صوراً أخرى من

القروض. أكثرها وقوعاً القروض التي تعقدها الأفراد مع المصارف والمنظمات المالية، فهل هي قروض إنتاج تباح فيها الفائدة المعقولة، أو هي قروض استهلاك لا تجوز فيها الفائدة أصلاً؟ وهل نستطيع هذا التمييز في كل حالة على حدة، فنبيح هنا ونحرم هناك؟ ظاهر أن هذا التمييز متعذر، فلا بد إذن من أحد أمرين: إما أن تباح الفائدة المعقولة في جميع القروض وإما أن تحرم في جميعها. وإذا فرضنا جدلاً أنه يمكن تمييز قروض الإنتاج، فإن تخريج الفائدة المعقولة في هذه القروض على فكرة الضرورة لا يستقيم. فالضرورة بالمعنى الشرعي ليست قائمة، وإنما هي الحاجة لا الضرورة، وينبغي التمييز بين الأمرين.

ثانياً: ما ينبغي أن يكون موقف الفقه الإسلامي من الربا في العصر الحاضر

تحريم الربا هو الحكم الذي يتمشى مع كل العصور وجميع الحضارات:

لا نشك في أن الواجب، في كل العصور وفي جميع الحضارات، أن يحرم الربا كمبدأ عام. وقد تضافر القرآن الكريم والحديث الشريف على تقرير تحريم الربا كأصل عام من أصول التشريع الإسلامي.

والفقه الإسلامي يحرم الربا، ويرمي من وراء تحريمه إلى تحقيق أغراض سامية جليلة، تتبين من النصوص الآتية:

يقول ابن القيم في «**أعلام الموقعين**» (٢/ ١٠١ ـ ١٠٣): «وأما الأصناف الأربعة المطعومة فحاجة الناس إليها أعظم من حاجتهم إلى غيرها لأنها أقوات العالم وما يصلحها، فمن رعاية مصالح العباد أن منعوا من بيع بعضها ببعض إلى أجل، سواء اتحد الجنس أو اختلف. ومنعوا من بيع بعضها ببعض حالاً متفاضلاً وإن اختلفت صفاتها، وجوز لهم التفاضل فيها مع اختلاف أجناسها، وسر ذلك والله أعلم أنه لو جوز بيع بعضها ببعض نَساء لم يفعل ذلك أحد إلاّ إذا ربح، وحينئذٍ تسمح نفسه ببيعها حالة لطعمه في الربح، فيعز الطعام على المحتاج ويشتد ضرره. وعامة أهل الأرض ليس عندهم دراهم ولا دنانير، لا سيما أهل العمود البوادي، وإنما يتناقلون الطعام بالطعام، فكان من رحمة الشارع بهم وحكمته أن منعهم من ربا النّساء فيها كما منعهم من ربا النّساء في الأثمان، إذ لو جوز لهم النّساء فيها لدخلها إما أن تقضي وإما أن تربي، فيصير الصاع الواحد لو أخذ قفزاناً كثيرة... يوضح ذلك أن من عنده صنف من هذه الأصناف وهو محتاج إلى الصنف الآخر، فإنه يحتاج إلى بيعه بالدراهم ليشتري الصنف الآخر، كما قال النبي ﷺ بع الجمع بالدراهم ثم اشتر بالدراهم جنيباً، أو يبيعه بذلك الصنف نفسه بما يساوي. وعلى كلا التقديرين يحتاج إلى بيعه حالاً، بخلاف ما إذا مكن من النّساء فإنه حينئذٍ يبيعه بفضل، ويحتاج أن يشتري الصنف الآخر بفضل لأن صاحب هذا الصنف يربي عليه كما أربى هو على غيره، فينشأ من النّساء تضرر بكل واحد منهما... وسر المسألة أنهم منعوا من التجارة في الأثمان بجنسها لأن ذلك يفسد عليهم مقصود الأثمان، ومنعوا من التجارة في الأقوات بجنسها لأن ذلك يفسد عليهم مقصود الأقوات».

ويقول ابن رشد، «**بداية المجتهد**» (٢/ ١٠٩ ـ ١١٠): «**يظهر من الشرع أن المقصود بتحريم الربا إنما هو لمكان الغبن الكثير الذي فيه، وأن العدل في المعاملات إنما هو مقاربة التساوي. ولذلك لما عسر إدراك التساوي في الأشياء المختلفة الذوات، جعل الدينار والدرهم لتقويمها إلى تقديرها. ولما كانت الأشياء المختلفة الذوات أعني غير الموزنة والمكيلة، العدل فيها إنما في وجود النسبة، أعني أن تكون نسبة قيمة أحد الشيئين إلى جنسه نسبة قيمة الشيء الآخر إلى جنسه، مثال ذلك أن العدل إذا باع إنسان فرساً بثياب هو أن تكون نسبة قيمة ذلك الفرس إلى الأفراس هي نسبة قيمة ذلك الثوب إلى الثياب، فإن ذلك الفرس قيمته خمسون، فيجب أن تكون تلك الثياب قيمتها خمسون. فليكن مثلاً الذي يساوي هذا القدر عددها هو عشرة أثواب، فإذن اختلاف هذه المبيعات بعضها ببعض في العدد واجب في المعاملة العدلة، أعني أن يكون عديل فرس عشرة أثواب في المثل، وأما الأشياء المكيلة أو الموزونة، فلما كانت ليست تختلف كل الاختلاف، وكانت منافعها متقاربة، ولم تكن حاجة ضرورية لمن كان عنده منها صنف أن يستبدله بذلك الصنف بعينه إلاّ على جهة السرف، كان العدل في هذه إنما هو بوجود التساوي في الكيل أو الوزن، إذ كانت لا تتفاوت في المنافع. وأيضاً فإن منع التفاضل في هذه الأشياء يوجب ألا يقع فيها تعامل لكون منافعها غير مختلفة والتعامل إنما يضطر إليه في المنافع المختلفة. فإذن منع التفاضل في هذه الأشياء، أعني المكيلة والموزونة، له علتان: إحداهما وجود العدل فيها، والثاني منع المعاملة إذا كانت المعاملة بها من باب السرف، وأما الدينار والدرهم، فعلة المنع فيها أظهر، إذ كانت هذه ليس المقصود منها الربح، وإنما المقصود بها تقدير الأشياء التي لها منافع ضرورية. وروى مالك عن سعيد بن المسيب أنه كان يعتبر في علة الربا في هذه الأصناف الكيل والطعم، وهو معنى جيد لكون الطعم ضرورياً في أقوات الناس، فإنه يشبه أن يكون حفظ العين، وحفظ السرف فيما هو قوت أهم منه فيما ليس هو قوتاً**».

يتبين مما قدمناه من النصوص أن هناك أغراضاً ثلاثة يقصد إلى تحقيقها من وراء تحريم الربا:

أولاً: منع احتكار أقوات الناس.

ثانياً: منع التلاعب في العملة، حتى لا تنقلب أسعارها، وحتى لا تصبح هي ذاتها سلعة من السلع.

ثالثاً: منع الغبن والاستغلال عند التعامل في الجنس الواحد، لأن التفاضل في الكم لا يمكن حسابه بدقة تواجه التفاضل في الكيف، فلا بد من وقوع الغبن على أحد المتبايعين. ومن ثم قال النبي عليه السلام لمن باع التمر صاعين بصاع: ذلك هو الربا، ردوه ثم بيعوا تمرنا ثم اشتروا لنا من هذا. فأضبط معيار للتعادل ما بين مقدارين من جنس واحد هو النقود. يباع أحد المقدارين بنقود ثم يشترى بالنقود المقدار الآخر. فإذا تعادل المقداران كمّاً وكيفاً، فإن التبادل فيهما يكون من باب السرف[1].

---

(١) ويقول الأستاذ محمد عبد الله دراز في محاضرته المشار إليها (١٧) في الأغراض المقصود تحقيقها عن طريق

استبقاء التمييز بين ربا الجاهلية الوارد في الكتاب وكل من ربا النسيئة وربا الفضل الواردين في السنة:

على أننا إذا استبقينا الحرمة كأصل عام للربا في جميع صوره، فلا بد لنا مع ذلك من استبقاء التمييز بين ربا الجاهلية من جهة وكل من ربا النسيئة وربا الفضل من جهة أخرى. فإن هذا التمييز من الوضوح والخطر بحيث لا وجه للمنازعة فيه.

فربا الجاهلية محرم لذاته تحريم المقاصد.

وكل من ربا النسيئة وربا الفضل محرم لا لذاته، بل باعتباره ذريعة إلى ربا الجاهلية. فهو محرم تحريم الوسائل لا تحريم المقاصد، وذلك سدّاً للذرائع.

ولا نزال نستبقي النتيجة الهامة التي تترتب على هذا التمييز: فربا الجاهلية لا تجيزه إلاّ ضرورة ملحة من شأنها أن تبيح أكل الميتة والدم. أم كل من ربا النسيئة وربا الفضل، فيكفي لإجازته أن تقوم الحاجة إلى ذلك.

القرض الذي يجر منفعة:

وقد يكون غريباً أننا لم نعالج في صور الربا حتى الآن الصورة المألوفة التي تتكرر كل يوم، وهي صورة القرض بفائدة، فإن جميع أنواع الربا التي عرضنا لها ـ لا سيما الربا الوارد في الحديث الشريف ـ إنما هي بيوع لا قروض. فهل القرض يدخل في العقود الربوية!.

يبدو هذا السؤال غريباً، فإن القرض هو أول عقد ربوي في الشرائع الحديثة. ولكن الواقع أن القرض في الفقه الإسلامي ليس أصلاً من أصول العقود الربوية، إذ البيع هو الأصل كما رأينا، ويقاس على البيع الربوي القرض الذي يجر منفعة.

وهذا بعض ما جاء في كتب الفقه الإسلامي من النصوص في القرض الذي يجر منفعة.

جاء في «**البدائع**» (٧/ ٣٩٥ ـ ٣٩٦): «وأما الذي يرجع إلى نفس القرض فهو ألا يكون فيه جر منفعة، فإن كان، لم يجز، نحو ما إذا أقرض دراهم غلة على أن يرد عليه صحاحاً أو أقرضه وشرط شرطاً له فيه منفعة، لما روي عن رسول الله ﷺ أنه نهى عن قرض جر نفعاً، ولأن الزيادة المشروطة تشبه الربا لأنها فضل لا يقابله عوض، والتحرز عن حقيقة الربا وعن شبهة الربا واجب. هذا إذا كانت الزيادة مشروطة في القرض. فأما إذا كانت غير مشروطة فيه ولكن المستقرض أعطاه أجودهما، فلا بأس بذلك، لأن الربا اسم لزيادة مشروطة في العقد ولم توجد، بل هذا من باب حسن القضاء وأنه أمر مندوب إليه، قال النبي عليه السلام خيار الناس أحسنهم

تحريم الربا ما يأتي: «ولكي نلخص فكرتنا عن القواعد التي وضعها التشريع النبوي في باب التبادل والتقابض نقول: إن هذه القواعد تهدف إلى غرض مزدوج. فهي من إحدى الجهتين تريد أن تحمي النقود والأطعمة، وهما أهم حاجات الجماعة وأعظم مقومات حياتها، وذلك بمنع وسائل احتكارهما، أو إخفائهما من الأسواق، أو تعريضهما للتقلبات الثمينة المفاجئة وهي من الجهة الأخرى تحرص على حماية الفقراء والأغرار من طرق الغبن والاستغلال التي يتبعها بعض التجار الجشعين».

قضاء، وقال النبي عليه الصلاة والسلام عند قضاء دين لزمه للوازن زن وأرجح. وعلى هذا تخرج مسألة السفاتج التي يتعامل بها التجار أنها مكروهة، لأن التاجر ينتفع بها بإسقاط خطر الطريق فتشبه قرضاً جر نفعاً. فإن قيل أليس أنه روي عن عبد الله بن عباس رضي الله عنهما أنه كان يستقرض بالمدينة على أن يرد بالكوفة وهذا انتفاع بالقرض بإسقاط خطر الطريق، فالجواب أن ذلك محمول على أن السفتجة لم تكن مشروطة في القرض مطلقاً ثم تكون السفتجة، وذلك مما لا بأس به على ما بينا والله أعلم[1].

وجاء في **«الفتاوى الهندية»** (٣/ ٢٠٢ ـ ٢٠٣): «قال محمد رحمه الله تعالى في كتاب الصرف إن أبا حنيفة رحمه الله تعالى كان يكره كل قرض جر منفعة. قال الكرخي هذا إذا كانت المنفعة مشروطة بأن أقرض غلة ليرد عليه صحاحاً أو ما أشبه ذلك، فإن لم تكن المنفعة مشروطة في العقد فأعطاه المستقرض أجود مما عليه فلا بأس به. كذلك إذا أقرض رجل دراهم أو دنانير ليشتري المستقرض من المقرض متاعاً بثمن غال فهو مكروه.. هذا إذا تقدم القرض على البيع فأما إذا تقدم البيع على القرض، وصورة ذلك رجل طلب من رجل أن يعامله بمائة دينار، فباع المطلوب منه المعاملة من الطالب ثوباً قيمته عشرون ديناراً بأربعين ديناراً، ثم قرض ستين ديناراً، حتى صار للمقرض على المستقرض مائة دينار وحصل للمستقرض ثمانون ديناراً فذكر الخصاف أن هذا جائز... وإذا رجح في بذل القرض ولم يكن الرجحان مشروطاً في القرض فلا بأس به، كذا في **«المحيط»**.

وجاء في **«الشرح الكبير»** للدردير **«حاشية الدسوقي»** (٣/ ٢٢٦ ـ ٢٢٧): «أو جر منفعة... كشرط قضاء عفن بسالم أو شرط دفع دقيق أو كعك ببلد غير بلد القرض ولو لحاج، لما فيه من تخفيف مؤونة حمله ومفهومه الجواز مع عدم الشرط، وهو كذلك... ثم شبه في المنع قوله كسفتجة.. الكتاب الذي يرسله المقترض لوكيله ببلد ليدفع للمقرض نظير ما أخذه منه ببلده، ويحتمل أنه مثال لما جر منفعة، إلاّ أن يعم الخوف أي يغلب سائر الطرق فلا حرمة، بل بندب

---

(١) وقد ترتب على أنه لا يجوز أن يجر القرض نفعاً أن الأجل غير لازم في القرض، ذلك أن القرض إذا كان لا يجر نفعاً فهو تبرع، فلو لزم فيه الأجل لم يبق تبرعاً. جاء في **«البدائع»** (٧/ ٣٩٦) في هذا الصدد ما يأتي: «والأجل لا يلزم في القرض، سواء كان مشروطاً في العقد أو متأخراً عنه بخلاف سائر الديون. والفرق من وجهين: أحدهما أن القرض تبرع، ألا ترى أنه لا يقابله عوض للحال وكذا لا يملكه من يملك التبرع فلو لزم فيها الأجل لم يبق تبرعاً فيتغير المشروط، بخلاف الديون، والثاني أن القرض يسلك به مسلك العارية والأجل لا يلزم في العوارى، والدليل على أنه يسلك به مسلك العارية أنه لا يخلو أنه إن يسلك به مسلك المبادلة وهي تمليك الشيء بمثله أو يسلك به مسلك العارية. لا سبيل إلى الأجل لأنه تمليك العين بمثله نسيئة وهذا لا يجوز، فتعين أن يكون عارية، فجعل التقدير كأن المستقرض انتفع بالعين مدة ثم رد عين ما قبض وإن كان يرد بدله في الحقيقة، وجعل رد بدل العين بمنزلة رد العين بخلاف سائر الديون وقد يلزم الأجل في القرض بحال، بأن يقرض من ماله بعد موته فلاناً ألف درهم إلى سنة، فإنه تنفذ وصيته ويقرض من ماله كما أمر، وليس لورثته أن يطالبوا قبل السنة، والله تعالى أعلم».

للأمن على النفس أو المال، بل قد يجب».

وجاء في «**المهذب**» (١/ ٣٠٤): «ولا يجوز قرض جر منفعة، مثل أن يقرضه على أن يبيعه داره، أو على أن يرد عليه أجود منه أو أكثر منه، أو على أن يكتب له بها سفتجة يربح فيها خطر الطريق والدليل عليه ما روى عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن النبي ﷺ نهى عن سلف وبيع والسلف هو القرض في لغة أهل الحجاز. وروي عن أبي ابن كعب وابن مسعود وابن عباس رضي الله عنهم أنهم نهوا عن قرض جر منفعة. ولأنه عقد إرفاق، فإذا شرط فيه منفعة خرج عن موضوعه. فإن بدأ المستقرض فزاده أو رد عليه ما هو أجود منه أو كتب له سفتجة أو باع منه داره. جاز. لما روى أبو رافع رضي الله عنه قال استسلف رسول الله ﷺ من رجل بكراً، فجاءته إبل الصدقة، فأمرني أن أقضي الرجل بكراً، فقلت لم أجد في الإبل إلاّ جملاً خياراً رباعيّاً، فقال النبي ﷺ أعطه فإن خياركم أحسنكم قضاء. وروى جابر بن عبد الله رضي الله عنه قال كان لي على رسول الله ﷺ حق، فقضاني وزادني. فإن عرف لرجل عادة أنه إذا استقرض زاد في العوض، ففي إقراضه وجهان، أحدهما لا يجوز إقراضه إلاّ أن يشترط رد المثل لأن المتعارف كالمشروط ولو شرط الزيادة لم يجز فكذلك إذا عرف بالعادة، والثاني أنه يجوز وهو المذهب لأن الزيادة مندوب إليها فلا يجوز أن يمنع ذلك صحة العقد».

وجاء في «**المغني**» (٤/ ٣٦٠ ـ ٣٦١): «وكل قرض شرط فيه أن يزيده فهو حرام بلا خلاف.. وقد نص أحمد على أن من شرط أن يكتب له سفتجة لم يجز، ومعناه اشتراط القضاء في بلد آخر، وروى عنه جوازها لكونها مصلحة لهما جميعاً. وقال عطاء كان ابن الزبير يأخذ من قوم بمكة دراهم، ثم يكتب لهم بها إلى مصعب بن الزبير بالعراق فيأخذونها منه، فسئل عن ذلك ابن عباس فلم ير به بأساً. وروي عن علي رضي الله عنه أنه سئل عن مثل هذا فلم ير به بأساً. وممن لم ير به بأساً ابن سيرين والنخعي. فإن أقرضه مطلقاً من غير شرط، فقضاه خيراً منه في القدر أو الصفة أو دونه برضاهما جاز»[١].

ويتبين مما قدمناه من النصوص أن القرض الذي يتضمن فائدة ليس أصيلاً في العقود الربوية، بل هو يقاس عليها: يجوز أولاً أن يتضمن القرض فائدة غير مشروطة، فإذا رجح المستقرض في بدل القرض ولم يكن الرجحان مشروطاً فلا بأس به، ويجوز ثانياً أن يستر القرض فائدة، كمن يبيع الشيء غالياً للمستقرض ثم يقرضه بعد ذلك مبلغاً من المال، إذ لا شك في أن الفرق بين الثمن الغالي والقيمة الحقيقية إنما هو فائدة القرض وأخيراً إذا تضمن القرض زيادة مشروطة ظاهرة ـ وهذه هي الفائدة بعينها ـ فإن هذا لا يجوز، ولكن لا لأن الزيادة المشروطة ربا، بل لأنها تشبه الربا، والتحرز عن حقيقة الربا وعن شبهة الربا واجب.

فإذا كانت الفائدة في القرض لا تعتبر رباً حقيقيّاً، بل يقتصر الأمر على أن فيها شبهة الربا،

---

(١) انظر أيضاً «**المبسوط**» للسرخسي (١٤/ ٣٥) وما بعدها ـ «**ابن عابدين**» (٤/ ٢٧٠) ـ «**حاشية الدسوقي**» على الدردير (٣/ ٢٢٦) وما بعدها ـ «**الشرح الكبير**» على المقنع (٤/ ٣٦٠ ـ ٣٦٣).

فلا مناص من القول بأن ربا القرض يُلحق بربا النسيئة وبربا الفضل، ويجمع بين كل هذه الأنواع من الربا أنها جميعاً محرمة، ولكن التحريم فيها تحريم للوسائل لا تحريم للمقاصد، ومن ثم يرتفع التحريم إذا قامت الحاجة(١).

الأصل في الربا التحريم ولا يجوز إلاّ للضرورة أو للحاجة:

وقد آن أن نلخص ما وصلنا إليه من نتائج في هذا البحث:

١ ـ فالأصل في الربا التحريم، الربا في جميع صوره، سواء كان ربا الجاهلية أو ربا النسيئة أو ربا الفضل أو ربا القرض. والاعتبارات التي تدعو إلى تحريمه هي التي قدمناها: وقاية الناس من احتكار أقواتهم، وحمايتهم من التلاعب في أسعار العملة التي يستخدمونها، ودفع الغبن والاستغلال عنهم.

٢ ـ على أن هناك صورة من الربا هي أشنع هذه الصور وأشدها استغلالاً للمعوز والفقير. وهي الصورة التي نزل فيها القرآن منذراً متوعداً صورة الربا الذي تعودته العرب في الجاهلية، فيأتي الدائن مدينه عند حلول أجل الدين ويقول إما أن تقضي وإما أن تربي، والإرباء معناه أن يزيد الدين على المستحق في مقابل إطالة الأجل. وهذا أشبه بما نسميه اليوم بالفوائد على الفوائد أو الربح المركب، وصورته أن يتقاضى الدائن فوائد مستقلة على ما تجمد من الفوائد، فيقول للمدين إما أن تقضي رأس المال وما تجمد عليه من الفوائد، وإما أن تربي بأن تضم المتجمد من الفوائد إلى رأس المال فيصبح المجموع رأس مال جديد يزيد بما ينتج من الفوائد عن المدة التي أطيل فيها أجل الدين.

هذه الصورة من الربا في العصر الحاضر هي التي تقابل ربا الجاهلية وهي محرمة تحريماً قاطعاً لذاتها. تحريم مقاصد لا تحريم وسائل، فهي التي تجر الويل والخراب على المدين، وتضاعف رأس المال في سنوات قليلة، فيأكل الدائن الربا أضعافاً مضاعفة، وهي الصورة التي محقها الله تعالى في قرآنه الكريم. ومن ثم لا يجوز الربا في هذه الصورة أصلاً. بل إن نظرية الضرورة ذاتها لا تتسع لهذا الجواز، فإن الضرورة الملحة التي تلجىء كلا من المدين والدائن على التعامل بالربا على هذا النحو ـ الضرورة التي يكون من شأنها أن تبيح الميتة والدم ـ لا يمكن تصورها. وحتى إذا أمكن تصورها في حق المدين بأن كان في حاجة إلى المال لحفظ حياته ولم

---

(١) على أن الصورة التي يرسمها الفقهاء عادة للقرض في العصور السالفة تجعله أقرب إلى الصدقة، فتغاير ما بين طبيعته في تلك العصور وطبيعته اليوم حيث هو في أكثر صوره وسيلة مألوفة من وسائل تزويد المنتج بعنصر ضروري من عناصر الإنتاج وهو رأس المال ـ جاء في «المغني» (٤/٣٥٣): «والقرض مندوب إليه في حق القرض مباح للمقترض، لما روينا من الأحاديث، ولما روى أبو هريرة أن النبي ﷺ قال: من كشف عن مسلم كربة من كرب الدنيا كشف الله عنه كربة من كرب يوم القيامة، والله في عون العبد ما دام العبد في عون أخيه. وعن أبي الدرداء أنه قال: لأن أقرض دينارين، ثم يردان، ثم أقرضهما، أحب إلي من أن أتصدق بهما لأن فيه تفريجاً عن أخيه المسلم، وقضاء لحاجته، وعوناً له، فكان مندوباً إليه كالصدقة عليه».

يجد من يقرضه إياه إلاّ على هذا الشرط، فإنه لا يمكن تصورها في حق الدائن، وإلاّ فما هي هذه الضرورة الملحة التي تدفع الدائن إلى هذا الاستغلال إن لم يكن الطمع والجشع!.

٣ ـ أما الصور الأخرى من الربا ـ الفائدة البسيطة للقرض وربا النسيئة وربا الفضل ـ فهذه أيضاً محرمة. ولكن التحريم هنا تحريم الوسائل، لا تحريم للمقاصد. بعض هذه الصور، وهي الخاصة بالأصناف الستة وبفائدة القرض. وردت بنصوص صريحة في الأحاديث الشريفة. وبعضها، وهي الخاصة بالأصناف الأخرى التي ألحقها الفقهاء بالأصناف الستة، كان من عمل الفقهاء، وهي تقوم على صناعة فقهية لا شك في سلامتها. وكلها وسائل لا مقاصد، وقد حرمت سدّاً للذرائع. ومن ثم يكون الأصل فيها التحريم، وتجوز استثناء إذا قامت الحاجة إليها. والحاجة هنا معناها، كما يقول ابن القيم، مصلحة راجحة، في صورة معينة من صور الربا، تفوت إذا بقي التحريم على أصله. عند ذلك تجوز هذه الصورة استثناء من أصل التحريم، وتجوز بقدر الحاجة القائمة فإذا ارتفعت الحاجة عاد التحريم.

٤ ـ وتبدأ الحاجة أن تكون حاجة شخصية ذاتية، تقوم بفرد بالذات. ففي بيع العرايا تقوم الحاجة بشخص المشتري، فهو يبتاع بثمره الجاف ما على رؤوس النخل من الرطب إذا كان هو بالذات في حاجة إلى الرطب. وهذا ما ورد النص الصريح بجوازه، وأجمعت الفقهاء على صحته. ويقاس عليه بيع الدنانير والدراهم المسكوكة بأكثر من وزنها ذهباً أو فضة، إذا احتاج التاجر أو غير التاجر خوفاً من فوات السوق أو فوات الرفقة، أي أن الحاجة هي هنا أيضاً شخصية ذاتية. وهذا ما قال به مالك على النحو الذي بيناه فيما تقدم.

ثم تنتهي الحاجة إلى أن تكون عامة شاملة، لا تقوم بفرد بالذات دون غيره، بل تكون في طبيعة المعاملة نفسها. فبيع المصوغ بأكثر من وزنه ذهباً أو فضة دعت إليه حاجة عامة، هي أن تكون لصنعة الصياغة قيمة يقابلها شيء من الثمن، وإلاّ اندثرت هذه الصناعة مع قيام الحاجة إليها. فما دامت هناك صياغة مباحة، كخاتم الفضة وحلية النساء وما أبيح من حلية السلاح وغيرها، والناس في حاجة إليها، فإن الحاجة تقوم عامة شاملة إلى شراء المصوغ بأكثر من وزنه.

وفي نظام اقتصادي رأسمالي ـ كالنظام القائم في الوقت الحاضر في كثير من البلاد ـ ويتميز بأن رؤوس الأموال تكون مملوكة للأفراد والهيئات والمصارف وليست مملوكة للدولة، تدعو الحاجة العامة الشاملة إلى حصول العامل على رأس المال حتى يستغله بعمله. وقد أصبحت شركات المضاربة والقراض ونحوها غير كافية للحصول على رأس المال اللازم. حقّاً إن شركات المساهمة وشركات التوصية تسمح في كثير من الأحوال بأن يستثمر صاحب رأس المال ماله في شراء أسهم هذه الشركات فيشترك في الربح والخسارة، ولكن القروض هي الوسيلة الأولى، في النظام الاقتصادي الرأسمالي القائم، للحصول على رؤوس الأموال. وحتى في الشركات المتقدم ذكرها توجد إلى جانب الأسهم، وهي حصص الشركاء الذين يساهمون في الربح والخسارة، السندات، وهي القروض التي تقدم لهذه الشركات. والمقترض هنا، كما سبق القول، هو الجانب القوي، والمقرض هو الجانب الضعيف الذي تجب له الحماية. فما دامت الحاجة قائمة للحصول

على رؤوس الأموال من طريق القرض أو غيره. وما دام رأس المال ليس ملك الدولة بل هو ملك الفرد ادخره بعمله وجهده، فمن حقه أن لا يَظلم فيه ولا يُظلم، ما دامت الحاجة قائمة إلى كل ذلك، فإن فائدة رأس المال في الحدود المذكورة تكون جائزة استثناء من أصل التحريم.

نقول: في الحدود المذكورة. ونقصد بذلك:

أولاً: : ألا يجوز بحال، مهما كانت الحاجة قائمة، أن تتقاضى فوائد على متجمد الفوائد، فهذا هو ربا الجاهلية الممقوت.

ثانياً: وحتى بالنسبة إلى الفائدة البسيطة. يجب أن يرسم لها المشروع حدوداً لا تتعداها، من حيث سعرها ومن حيث طريقة تقاضيها ومن حيث مجموع ما يتقاضى منها ومن وجوه أخرى كثيرة ينبغي على المشرع أن يتحراها، وذلك حتى تقدر الحاجة بقدرها.

٥ ـ وحتى بعد كل هذا، فإن الحاجة إلى الفائدة لا تقوم، كما قدمنا، إلاّ في نظام رأسمالي كالنظام القائم. فإذا تغير هذا النظام ـ ويبدو أنه في سبيله إلى التغير ـ وأصبح نظاماً اشتراكياً رؤوس الأموال فيه بيد الدولة لا بيد الأفراد، عند ذلك يعاد النظر في تقدير الحاجة، فقد لا تقوم الحاجة في ظل النظام الاشتراكي، فيعود الربا إلى أصله من التحريم.

ثالثاً: الموقف الفعلي الذي وقفته من الربا التقنينات المدنية العربية

موقف التقنين المدني المصري:

ولعل ما ذكرناه يكون مقارباً للموقف الفعلي الذي وقفه التقنين المدني المصري الجديد من الربا. فإن هذا التقنين يبغض كل البغض تقاضي الفوائد على رؤوس الأموال، وقد سار خطوات واسعة في تضييق حلقة الفوائد ووضع في ذلك أحكاماً تشريعية هامة نجملها فيما يلي:

أولاً: حرم تقاضي الفوائد على متجمد الفوائد، فنص في صدر المادة ٢٣٢ على أنه «لا يجوز تقاضي فوائد على متجمد الفوائد». فسد بذلك ثغرة واسعة في تحريم الربا، وعمد إلى الربا المحرم تحريم المقاصد فنهى عنه في عبارة حاسمة لا مخلص منها. وقد كان التقنين المدني السابق يجيز تقاضي الفوائد على متجمد الفوائد بشرطين:

١ ـ أن تكون الفوائد المتجمدة لا تقل عن فوائد سنة.

٢ ـ وأن يتم الاتفاق بين الدائن والمدين، بعد تجمد الفوائد، على تقاضي فوائد عنها، أو يطالب الدائن المدين بفوائد على متجمد الفوائد مطالبة قضائية.

ثانياً: ضيق التقنين المدني الجديد كثيراً في إباحة تقاضي الفوائد البسيطة ومما فعله في هذا السبيل ما يأتي:

١ ـ وضع حدّاً أقصى لسعر الفائدة هو ٧٪، فلا يجوز الاتفاق بين الدائن والمدين على أكثر من ذلك. فإذا اتفقا على فوائد تزيد على هذا السعر وجب تخفيضها إلى ٧٪، وتعين رد ما دفع زائداً على هذا القدر (م ٢٢٧/ ١ مدني). وقد كان التقنين المدني السابق يجعل الحد الأقصى لسعر الفائدة ٨٪، قبل أن ينزلها التقنين الجديد إلى ٧٪ كما رأينا.

٢ ـ وإذا لم يكن هناك اتفاق بين الدائن والمدين على تقاضي الفوائد، فلا يجوز للمدين أن يتقاضى فوائد على الدين. وقد طبقت هذه القاعدة في عقد القرض، فنصت المادة ٥٤٢ مدني على ما يأتي: «على المقترض أن يدفع الفوائد المتفق عليها عند حلول مواعيد استحقاقها، فإذا لم يكن هناك اتفاق على فوائد اعتبر القرض بغير أجر». على أنه إذا حل الدين وتأخر المدين في الوفاء، استحقت فوائد تأخير قدرها ٤٪ في المسائل المدنية و٥٪ في المسائل التجارية (م ٢٢٦ مدني).

٣ ـ ولا تسري فوائد التأخير عن الوفاء إلاّ إذا طالب بها الدائن مطالبة قضائية، فلا تكفي المطالبة غير القضائية ولو كانت بإنذار رسمي. وكذلك لا تكفي المطالبة القضائية برأس المال وحده، بل تجب المطالبة بفوائد التأخير ذاتها. ثم إن هذه الفوائد لا تسري إلاّ من يوم هذه المطالبة القضائية (م ٢٢٦ مدني).

٤ ـ ولا يجوز في أية حال أن يكون مجموع الفوائد التي يتقاضاها الدائن أكثر من رأس المال (م ٢٣٢ مدني). وهذه قاعدة جليلة من قواعد تحريم الربا، ويقضي تطبيقها بألا يأكل الدائن الربا أضعافاً مضاعفة. على أن الحاجة، هنا أيضاً، وقد تقوم، فتقضي مجاوزة هذا القيد في القروض الإنتاجية طويلة الأجل.

٥ ـ وتقضي المادة ٢٢٩ مدني بأنه «إذا تسبب الدائن بسوء نية، وهو يطالب بحقه، في إطالة أمد النزاع، فللقاضي أن يخفض الفوائد قانونية كانت أو اتفاقية، أو لا يقضي بها إطلاقاً، عن المدة التي طال فيها النزاع بلا مبرر».

٦ ـ وتقضي المادة ٢٣٠ مدني بأنه «عند توزيع ثمن الشيء الذي بيع جبراً لا يكون الدائنون المقبولون في التوزيع مستحقين بعد رسو المزاد لفوائد تأخير عن الأنصبة التي تقررت لهم في هذا التوزيع إلاّ إذا كان الراسي عليه المزاد ملزماً بدفع فوائد الثمن، أو كانت خزانة المحكمة ملزمة بهذه الفوائد بسبب إيداع الثمن فيها، على ألا يتجاوز ما يتقاضاه الدائنون من فوائد في هذه الحالة ما هو مستحق منها قبل الراسي عليه المزاد أو خزانة المحكمة، وهذه الفوائد تقسم بين الدائنين جميعاً قسمة غرماء».

٧ ـ وتقضي المادة ٥٤٤ مدني في عقد القرض بأنه إذ اتفق على الفوائد، كان للمدين، إذا انقضت ستة أشهر على القرض، أن يعلن رغبته في إلغاء العقد ورد ما اقترضه، على أن يتم الرد في أجل لا يجوز ستة أشهر من تاريخ هذا الإعلان. وفي هذه الحالة يلزم المدين بأداء الفوائد المستحقة عن الستة الأشهر التالية للإعلان، ولا يجوز بوجه من الوجوه إلزامه بأن يؤدي فائدة أو مقابلاً من أي نوع بسبب تعجيل الوفاء، ولا يجوز الاتفاق على إسقاط حق المقترض في الرد أو الحد منه». وهذا إجراء حكيم لإسقاط الفوائد، حتى بعد الاتفاق عليها بين الدائن والمدين.

وغني عن البيان أن هذه القيود ينبغي أن يبقى زمامها في يد المشرع، في شيء من المرونة، يوسع فيها أو يضيق منها، فيزيد القيود أو ينقصها، بحسب الحاجة فإن قامت الحاجة للتخفف من بعض هذه القيود، ألغى المشرع منها ما تقضي الحاجة بإلغائه. وإن لم تعد الحاجة تقضي بألا تباح الفوائد إلاّ بقيود أكثر من هذه، زاد المشرع في القيود، والأمر الجوهري في ألا يبيح الشرع الفوائد

إلاّ بالقدر الذي تدعو إليه الحاجة.

موقف التقنينات المدنية العربية الأخرى:

وقد وقفت التقنينات المدنية العربية الأخرى من الربا موقفاً معادلاً لموقف التقنين المدني المصري على الوجه الآتي:

أولاً: حرمت هذه التقنينات تقاضي الفوائد على متجمد الفوائد. فعل ذلك التقنين المدني السوري في صدر المادة ٢٣٣، والتقنين المدني الليبي في صدر المادة ٢٣٥، والتقنين المدني العراقي في صدر المادة ١٧٤. أما تقنين الموجبات والعقود اللبناني فيجيز تقاضي الفوائد على متجمد الفوائد بالشرطين اللذين كان التقنين المدني السابق يجيزه بهما، فيما عدا أن الفوائد المتجمدة تكون في التقنين اللبناني عن مدة ستة أشهر فقط لا عن سنة كاملة (م ٧٦٨).

ثانياً: وضعت هذه التقنينات سلسلة من القيود على الفوائد البسيطة معادلة لتلك التي وضعها التقنين المدني المصري على الوجه الآتي:

١ ـ وضعت حدّاً أقصى لسعر الفائدة الاتفاقية، هو ٩٪ في التقنين المدني السوري (م ٢٣٨/ ١)، و١٠٪ في التقنين المدني الليبي (م ٢٣٠/ ١)، و٧٪ في التقنين المدني العراقي (م ١٧٢/ ١)، فإذا اتفق على فوائد تزيد على هذا السعر وجب تخفيضها إليه وتعين رد ما دفع زائداً. أما تقنين الموجبات والعقود اللبناني فلم يضع حداً أقصى للسعر الاتفاقي، ولكنه اشترط أن يعين كتابة سعر الفائدة المتفق عليها وإلاّ فلا تجب الفائدة إلاّ بالسعر القانوني وهو ٩ ٪ (٧٦٧/ ٢)، «وإذا دفع المقترض من تلقاء نفسه فُوائد غير منصوص عليها أو زائدة عن الفوائد المشترطة، فلا يحق له استردادها ولا حسمها من رأس المال» (م ٧٦٦/ ٢).

٢ ـ وإذا لم يكن هناك اتفاق على تقاضي فوائد فلا تتقاضى (م ٥١٠ سوري م ٥٤١ ليبي، م ٦٩٢/ ١ عراقي، م ٧٦٦/ ١ لبناني). والسعر القانوني للفوائد التأخيرية هو ٤٪ في المسائل المدنية و٥٪ في المسائل التجارية في التقنين المدني السوري (م ٢٢٧)، ومثلها في التقنين المدني الليبي (م ٢٢٩)، ومثلها في التقنين المدني العراقي (م ١٧١). أما في القانون اللبناني فالسعر القانوني هو ٩٪ (قانون المرابحة العثماني في المسائل المدنية والمادة ٢٥٧ من التقنين التجاري في المسائل التجارية).

٣ ـ ولا تسري فوائد التأخير إلاّ من وقت المطالبة القضائية بها (التقنين المدني السوري م ٢٧٧، والتقنين المدني الليبي م ٢٢٩. والتقنين المدني العراقي م ١٧١، وأما في لبنان فتسري فوائد التأخير من وقت الإنذار ولا ضرورة للمطالبة القضائية بهذه الفوائد).

٤ ـ ولا يجوز في أية حال أن يكون مجموع الفوائد التي يتقاضاها الدائن أكثر من رأس المال (التقنين المدني السوري م ٢٣٣، والتقنين المدني الليبي م ٢٣٥، والتقيينن المدني العراقي م ١٧٤، وقانون المرابحة العثماني في لبنان).

٥ ـ وإذا تسبب الدائن بسوء نية في إطالة أمد النزاع، جاز تخفيض الفوائد أو عدم القضاء بها

إطلاقاً (التقنين المدني السوري م ٢٣٠، والتقنين المدني الليبي م ٢٣٢، والتقنين المدني العراقي م ٣/١٧٣. وفي لبنان وفقاً للمبدأ العام المقرر في المادة ٣١ من قانون أصول المحاكمات المدنية وهي توجب الحكم بالتعويض على من يقدم عن نية سيئة على إقامة أية دعوى أو على المعارضة في أي طلب ظهرت صحته).

٦ ـ وعن توزيع ثمن الشيء الذي بيع جبراً لا يتقاضى الدائنون فوائد تأخير إلاّ إذا كان الراسي عليه المزاد يدفع فوائد الثمن أو كانت خزانة المحكمة ملزمة بهذه الفوائد بسبب إيداع الثمن فيها، على ألا يتجاوز ما يتقاضاه الدائنون من فوائد ما هو مستحق منها قبل الراسي عليه المزاد أو خزانة المحكمة، وتقسم قسمة الغرماء (التقنين المدني السوري م ٢٣١، والتقنين المدني الليبي م ٢٣٣، ولا نص في التقنين المدني العراقي. أما في لبنان فإن العمل في دوائر الإجراء يتمشى مع هذا الحكم، إذ أن الفوائد ترصد إلى تاريخ الإحالة القطعية أي إلى تاريخ رسو المزاد في إجراءات البيع الجبري).

٧ ـ وإذا اتفق في عقد القرض على فوائد، جاز للمدين، بعد ستة أشهر من القرض، أن يلغي العقد ويرد ما اقترضه في أجل لا يزيد على ستة أشهر من تاريخ إعلان الإلغاء، ويلزم بدفع ما استحق من الفوائد عن الستة الأشهر التالية للإعلان (التقنين المدني السوري م ٥١٢، والتقنين المدني الليبي م ٥٤٣، ولا نص في التقنين المدني العراقي. وانظر المادة ٧٦٢ من تقنين الموجبات والعقود اللبناني، وتنص على أنه: لا يجوز إجبار المقترض على رد ما يجب عليه قبل حلول الأجل المعين بمقتضى العقد أو العرف، وإنما يجوز له أن يرده قبل الأجل، ما لم يكن هذا الرد مضرّاً بمصلحة المقرض).

زمام الموقف في يد الشرع

هذا هو موقف التقنينات المدنية العربية، ومعها التقنين المدني المصري، من الفوائد في العصر الحاضر. والموقف كما نرى موقف معتدل؛ ولم تغال هذه التقنينات في إباحة الفوائد، بل أحاطتها بقيود كثيرة. وزمام الموقف في يد المشرع على كل حال، فإذا كان المشرع العربي قد أباح الفوائد في هذه الحدود الضيقة، مسايراً في ذلك مقتضيات النظام الاقتصادي الرأسمالي القائم في البلاد العربية، فهو إنما يخضع للحاجة، وبقدر ما تقتضيه هذه الحاجة فإذا ما تغير النظام القائم، وارتفعت الحاجة في النظام الذي يستجد، فلا شك في أن الواجب هو أن تعود الفوائد إلى أصلها من التحريم. وتحرم الربا أصل من أصول الشرائع تحجبه الحاجة. فإذا ما ارتفعت عاد إلى الظهور.

محتوى الجزء الثالث

الفصل الثاني

المحل

المبحث الثاني

وجود المحل أو إمكانه في الفقه الإسلامي

المطلب الأول

المحل موجود

١ ـ الشيء في أصله موجود وقت التعاقد ثم يتكامل بعده

٢ ـ الشيء غير موجود أصلاً وقت التعاقد ولكنه محقق الوجود في المستقبل

٣ ـ الشيء غير موجود أصلاً وقت التعاقد أو موجود في أصله وهو غير محقق الوجود في المستقبل

المطلب الثاني

المحل ممكن

الفرع الثاني

المحل معين أو قابل للتعيين

المبحث الأول

تعيين المحل أو قابليته للتعيين في الفقه الغربي

المبحث الثاني

تعيين المحل أو قابليته للتعيين في الفقه الإسلامي

الفرع الثالث

المحل صالح للتعامل فيه

المبحث الأول

صلاحية المحل للتعامل فيه في الفقه الغربي

المطلب الأول

اتفاقات تخالف النظام العام

١ - روابط القانون العام

٢ - روابط القانون الخاص

المطلب الثاني

اتفاقات تخالف الآداب

المطلب الثاني

الربا

١ ـ تحديد منطقة الربا في الفقه الإسلامي

أولاً ـ تعيين الأموال الربوية

ثانياً ـ تحديد ربا الفضل

ثالثاً ـ تحديد ربا النسيئة

٢ ـ الاتجاهات المختلفة التي عملت على تضييق منطقة الربا في جميع العصور تتسع منطقة الربا ثم تضيق تحت ضغط العوامل الاقتصادية

أولاً ـ الاتجاه الذي يميز ما بين ربا الفضل وربا النسيئة الأول هو ربا خفي والثاني هو الربا الجلي

ثانياً ـ الاتجاه الذي يميز ما بين الربا الوارد في القرآن الكريم والربا الوارد في الحديث الشريف

الأول هو الربا الجلي والثاني ربا خفي

ثالثاً ـ الاتجاه الذي لا يحرم إلا ربا الجاهلية الوارد في القرآن الكريم

٣ ـ ما ينبغي أن يكون عليه الفقه الإسلامي

من الربا في العصر الحاضر

أولاً ـ اتجاهان متعارضان في مسألة الربا في العصر الحاضر

ثانياً ـ ما ينبغي أن يكون موقف الفقه الإسلامي من الربا في العصر الحاضر

ثالثاً ـ الموقف الفعلي الذي وقفته من الربا

التقنينات المدنية العربية